# عقد الضمان المقابل

الدكتور
محمد عبد الظاهر حسين
أستاذ مساعد القانون المدنى
بكلية الحقوق ببنى سويف
جامعة القاهرة

## مقدمة

لاشك فى أن التجارة البينية الآن قد اتسع أفقها وازداد إطارها، وأصبحت تحتل مكانة مهمة فى التجارة العالمية. سواء أكانت هذه التجارة بين الدول بعضها البعض أم كانت بين أفراد ينتمون لأكثر من دولة . تتباين مراكزهم وتختلف أدوارهم فى العلاقات التجارية . فمنهم المصدرون ومنهم المستوردون ، قد يكونون بائعين أو مشترين أو أرباب أعمال أو مقاولين . فالمهم هو أن هناك علاقات تجارية اقتصادية تنشأ بين هؤلاء الأفراد تؤثر بلا شك فى حجم التبادل التجارى بين الدول عن طريق الأفراد .

وكلما ازداد حجم هذا التبادل، كلما ازدادت حاجة هؤلاء إلى ضمان حسن تنفيذ العقود التى يبرمونها لهذا، وإلى الحفاظ على حسن النية فى هذا العقد، ومن هنا نشأت الحاجة إلى البحث عن ضمانات قانونية تضمن لكل طرف فى العلاقات التجارية البينية الحصول على حقوقه وعلى مقابل ما يؤديه من التزامات تجاه الطرف الآخر، واتجه التفكير سريعا إلى البنوك لكى تلعب دور الضامن والكفيل لحسن تنفيذ العقود من خلال ما تقدمه من ائتمان لأطراف العلاقات التجارية المتشابكة .

وقد ظهر هذا الدور أولا فى التأمينات العينية التى كانت تقدم من قبل الأشخاص ثم فى التأمينات الشخصية (الكفالة) التى تضمن تنفيذ الالتزام ثم فيما تبرمه البنوك من عقود ضمان أو كفالة، تقوم بمقتضاه بدور الكفيل أو الضامن لأحد أطراف العلاقة ولصالح الطرف الآخر . فإذا أراد مستورد استيراد بضاعة من دولة أخرى اتفق مع المورد على أن يبرم مع أحد البنوك فى دولة هذا الأخير عقد ضمان يصبح البنك بمؤداه ضامنا أداء المورد لالتزاماته، بحيث يصبح مسئولا عن هذه الالتزامات فى مواجهة المشترى أو المستورد . ثم أفرز الواقع العملى التجارى نوعا آخر من الضمان يقوم من خلاله البنك الضامن بإعطاء أمر إلى بنك أو ضامن آخر يوجد غالبا فى دولة المشترى أو المستورد بأن يدفع لهذا الأخير قيمة الضمان المتفق عليه، ويقوم الضامن المباشر بالدفع بمجرد الطلب من جانب المشترى أو

المستورد بصرف النظر عن موقف عقد الضمان الأصلى أو بدون الحاجة إلى التحقق من تنفيذ العقد الأصلى من عدمه. وهو ما يسمى بالضمان المقابل Contre garantie.

وهذا النوع الأخير من الضمان يشكل تعهدا شخصيا من قبل الضامن، ويستعصى بالتالى على الخضوع الكامل للقواعد التقليدية فى القانون المدنى سواء أكانت تلك المتعلقة بالوكالة أم بالكفالة. ولذلك، أصبح تكييفه أو إدراجه ضمن طائفة العقود المسماة أمرا محل شك ومثار اختلاف فقهى فصفة الاستقلالية التى يتمتع بها الضمان المقابل فى مواجهة الضامن المباشر أو مصدر الأمر المتعاقد فى عقد الأساس يجعل منه تأمينا خاصا ينفرد بخصائص عما قد يشتبه معه من أنظمة قانونية كالوكالة أو الكفالة. كما تؤثر هذه الصفة فى آلية إعمال هذا الضمان وما قد يترتب على ذلك من آثار بالنسبة للضامن المباشر أو مصدر الأمر. هذه الخصائص جعلت من الصعب إطلاق وصف عقد الكفالة أو عقد ضمان عادى على الضمان المقابل. وهو ما أدى إلى التفكير فى كونه عقدا غير مسمى يخضع للقواعد العامة فى العقود ومن قبل ذلك تحكمه الاشتراطات الخاصة به، بحيث يمكن القول بأنه عقد له قانونه الخاص وهى تلك البنود المدرجة به. وقد ازدادت أهمية الضمان المقابل عندما اتسع نطاقه وازداد اللجوء إليه فى التجارة الدولية.

وقد أصبح اللجوء إلى الضمانات القانونية من المعطيات الأساسية التى تشجع التجارة الدولية. فقد ظهرت الحاجة إليها فى عقود التوريد أو الاستيراد، بل وحتى فى عقود البيوع العادية والمقاولات، كما إزدادت أهمية هذه الضمانات – من ناحية أخرى – نتيجة صعوبة الحصول على الضمانات العينية أو المالية المصاحبة لتنفيذ الالتزامات الدولية، فقد أصبح ليس ميسورا حصول الدائن على مثل هذه الضمانات لما تتطلبه من التزام بحراستها أو حفظها. وما قد يستلزمه ذلك من نفقات. فلم يكن هناك بد من البحث عن وسيلة أخرى تؤدى الدور ذاته الذى تؤديها هذه الضمانات العينية (الودائع) بدون الحاجة إلى هذه الالتزامات وتضمن – فى الوقت ذاته – للمستفيد الحصول على حقه بشكل سريع ومباشر بدون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية أو الدخول فى معترك ساحة الإثبات.

ومن كل ما تقدم، أفرز الواقع التجارى الدولى هذا الضمان المباشر أو الضمان بمجرد الطلب وما يقابله من ضمان مقابل يتحمل فيه الضامن المقابل مخاطر التغطية المالية التى يقوم بها الضامن المباشر . بناء على الاتفاق المبرم بينهما . وبهذا الاتفاق يستقل الضمان المقابل عن الضمان المباشر وعن عقد الأساس الذى نشأ بسببه الدين . وبذلك لم يعد الضمان المقابل نوعا من الكفالة أو الوكالة بل هو نوع من الضمان الشخصى الخاص الذى ينبغى البحث عن تكييف له ودراسة خصائصه وأحكامه ثم بيان آثاره ومقارنته ببعض الأنظمة التى قد تقترب منه أو تتشابه معه . وذلك كله من خلال النقاط الآتية:

أولا: تعريف عقد الضمان المقابل وأطرافه .

ثانيا: خصائص عقد الضمان المقابل .

ثالثا: التكييف القانونى لهذا العقد .

رابعا: أحكام هذا العقد .

وقد يقال – فى هذا الصدد – أن البحث فى الضمان يعد دراسة تدخل فى إطار القانون التجارى . وفى الحقيقة إننا لا نتناول الضمان هنا كعمل من العمليات التى تقوم بها البنوك وإنما نبحثه باعتباره عقدا، وبخاصة الضمان المقابل الذى تكتنفه صعوبة التكييف – فضلا عن أن الباحث فى القانون المدنى لا غضاضة عليه فى أن يتناول موضوعات فى فروع قانونية أخرى خرجت من تحت عباءة القانون المدنى. إذ أن هذه الفروع وإن استقام عودها واحتفظت باستقلاليتها، فإنها تظل مع ذلك إبنا من أبناء القانون المدنى ترجع إليه فى كل ما لم يرد فيها من أحكام، مثلها فى ذلك مثل الولد الذى يحن شوقا ودوما إلى أصوله مهما شب عن طوقه .

# الفصل الأول

## تعريف عقد الضمان المقابل وخصائصه

العقد – بصفة عامة – هو تلاقى إرادات طرفين يسمى أحدهما بالموجب والثانى بالقابل، ينتج عن هذا التلاقى مجموعة من الالتزامات والحقوق المتبادلة، ويؤدى التقصير فى أى من الالتزامات إلى قيام مسئولية المقصر العقدية عما يترتب على هذا التقصير من أضرار، ويقابل العقد كمصدر للالتزام، الإرادة المنفردة التى ترتب التزامات على عاتق صاحبها دون أن يقابلها حقوق له. هذه الإرادة ملزمة لمن صدرت عنه وتترتب مسئوليته فى حالة الإخلال بما التزم به. ولقد ثار الخلاف حول مدى اعتبار الضمان المقابل عقدا ملزما لطرفيه، أم أنه التزام بإرادة منفردة صادرة عن الضامن المقابل يلتزم بمقتضاها بالتغطية دون حاجة إلى التزام مقابل. أم أنه عقد ملزم لجانب واحد ألا وهو الضامن المقابل ولا شك فى أن الاستقرار على هذا التكييف أو ذاك يرتب مجموعة من النتائج تتعلق بكيفية الإبرام وبما ينشأ من التزامات، كما تتعلق بالخصائص التى يتميز بها الضمان المقابل سواء اعتبرناه عقدا ملزما لجانبيه أم أنه عقد ملزم لجانب واحد وهو الضامن المقابل.

ولذلك، سنتناول هذا الفصل فى مبحثين، نخصص الأول منهما لتعريف عقد الضمان المقابل وبيان أطرافه، ثم ندرس فى الثانى خصائص عقد الضمان المقابل.

## المبحث الأول

## تعريف عقد الضمان المقابل وأطرافه

نؤكد فى البداية على أن الضمان المقابل هو عقد، وسنرى أنه ملزم لطرفيه، ولذلك، فإن هذا الضمان ليس مصدره التزام بالإرادة المنفردة التى تعرفها المادة ١٦٢ مدنى بقولها: "من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها". فمن هذا التعريف نجد أن فكرة الضمان المقابل هى بعيدة تماما عن الالتزام بالإرادة المنفردة التى لا تحتاج إلى قبول ممن وجهت إليه. إذ سنجد أن الضامن لا يحق له الرجوع فى الضمان بعد إصداره وهو ما لا يتفق مع الإرادة المنفردة التى يعطى القانون لصاحبها الحق فى الرجوع فى وعده. وعموما، فالضمان المقابل هو عقد، وقد لا يثير هذا الأمر خلافا كبيرا فى الفقه بقدر ما يثيره مدى اعتباره عقدا ملزما لجانبيه أو ملزما لجانب واحد. وهو ما سنعرضه عند الحديث عن الخصائص.

ونشير هنا أيضا إلى أن الضمان المقابل ليس وعدا بالضمان لاختلاف أحكام كل منهما. فالوعد بالتعاقد عموما – كما عرفته المادة ١٠١ من القانون المدنى – هو "الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل، لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها" فما يصدر عن الضامن المقابل ليس وعدا منه بالضمان لصالح الضامن المباشر وإنما هو التزام نهائى بذلك فى حالة أداء المبلغ إلى المستفيد، والدليل على ذلك، أن عدم قيام الضامن المقابل بالدفع لا يعدو منه عدولا عن الضمان يعطى الحق للطرف الآخر بالسعى إلى القضاء للحصول على حكم يقوم مقام الوعد متى حاز قوة الشىء المقضى، وإنما يكون له المطالبة بالتنفيذ العينى للضمان أو بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا استحال الطريق الأول.

وعلى ذلك، فإننا لسنا أمام وعد بالدفع لصالح الضامن المباشر إذا قام هو بدوره بالأداء إلى المستفيد وإنما هو التزام نهائى بالأداء تقوم المسئولية العقدية عند الإخلال به . ويلاحظ أن نفى الوعد بالتعاقد عن الضمان المقابل، ينسحب بالضرورة إلى الضمان المباشر بمجرد الطلب، فقيام الضامن المباشر بالدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه الضمان ليس وعدا بالأداء وإنما هو تنفيذ لالتزام ناتج عن الرابطة العقدية النهائية المبرمة بينه وبين الضامن المقابل . وهو ما يخالف ما ذهب إليه البعض من النظر إلى ما يقوم به الضامن المباشر على أنه وعد بالدفع بمجرد الطلب لصالح المستفيد[1] وذلك لاختلاف أحكام كل من نظامى الوعد والعقد .

والقول بأن عقد الضمان المقابل هو عقد نافذ ونهائى ينفى القول بأنه عقد معلق على شرط واقف للاختلاف الواضح بين هذا العقد والعقد المعلق على شرط واقف، فالالتزام المعلق على شرط واقف، أشارت إليه المادة ٢٦٨ مدنى بالقول بأن "إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه"، ومن قبل ذلك عرفت المادة ٢٦٥ مدنى الالتزام المعلق على شرط بصفة عامة بقولها "يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع" .

فالعقد المعلق على شرط واقف لا وجود له قبل تحقق الشرط، فإذا تحقق اعتبر العقد قائما منذ لحظة الإبرام، وإذا تخلف زال كل أثر للعقد، فالشرط الواقف عموما، هو الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود، ومن مقومات الشرط، أن يكون أمرا مستقبليا بحيث لا يمكن أن يكون أمرا ماضيا أو حاضرا، كما يتعين أن يكون الشرط غير محقق الوقوع وليس مستحيل الوقوع، فإذا كان هذا أو ذاك

---

(1) RIGGS, La lettre de credit "Stand – by" en tant que garantie bancaire aux Etats – Unis, RDAI, 1990, 393.

بالضمان المقابل contre garantie ويسمى الضامن الذى يقوم بالدفع إلى المستفيد garante de premire rang.

رابعها: العلاقة التى تنشأ بين الضامن المباشر الموجود فى بلد المستفيد وبين هذا الأخير، وفيها يكون للمستفيد الحق فى الحصول على مبلغ الضمان بمجرد طلبه دون الحاجة إلى أية إجراءات أو مستندات اللهم إلا تلك التى تثبت أنه المستفيد وحقه فى المبلغ، وهذه العلاقة مستقلة عن العلائق السابقة وربما تحكمها قواعد الاشتراط لمصلحة الغير كما سنرى.

ومن هذا العرض يتضح أننا قد نكون أمام ضمان مباشر إذا أقتصر الأمر على العلاقة بين الضامن الأول ومصدر الأمر وقد نصبح أمام ضمان غير مباشر إذا تولى أداء مبلغ الضمان ضامن آخر يوجد فى بلد المستفيد بناء على تعليمات الضامن الأول "الذى يسمى بالضامن المقابل".

وبذلك يمكن تعريف عقد الضمان المقابل بمجرد الطلب "بانه اتفاق ائتمان بمقتضاه يقوم الضامن المقابل - بناء على طلب مصدر الأمر- بدعوة الضامن المباشر بأن يدفع إلى المستفيد النهائى وبمجرد طلبه المبلغ المتفق عليه (مبلغ الضمان) ويتعهد بتغطيته"[1].

وتأتى صورته غالبا على النحو التالى "بأن الذى سيتم دفعه من قبلكم (البنك المحلى) إلى المستفيد سيتم تغطيته بمجرد الطلب". وبذلك يتضح أن الضامن المقابل لا يوجد إلا حيث يتعهد الضامن المباشر (المحلى) بالدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه بناء على التعليمات الصادرة من الضامن المقابل، أما إذا اقتصر دور البنك المحلى على التصديق على تعهد الضمان الأول أو قبول حوالة هذا التعهد إليه، فإننا لا نكون أمام ضمان مقابل، بل نظل فى إطار الضمان المباشر، وتظل العلاقة قائمة بين المستفيد والضامن وإن كان تنفيذ

---

(1) Mohamed – HAMRA-KOUHA, l'independan ce de la contre garantie a premiere demande, 1997, P. 17.

المورد أو المقاول من أمر بالضمان إلى أحد البنوك أو المؤسسات المالية، ويسمى بمصدر الأمر donneur d`ordre de la garantie .

**ثانيها:** علاقة الضمان التى تنشأ بين مصدر الأمر والبنك الضامن (أو أية مؤسسة مالية أخرى كشركة إقراض أو ائتمان)[1] بمقتضاها يضمن البنك البائع أو المقاول أو المورد تجاه الطرف الآخر المستفيد، ويطلق على الضمان هنا بالضمان بمجرد الطلب Garantie à premiere demande يتعهد بمقتضاه الضامن بدفع الضمان المتفق عليه إلى المستفيد بمجرد طلبه .

**ثالثها:** العلاقة التى تنشأ نتيجة قيام الضامن فى الصورة السابقة بإصدار تعليماته إلى بنك آخر أو مؤسسة مالية أخرى . يكون غالبا فى موطن المستفيد، بمقتضاها يقوم بالدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه، وهذه التعليمات الصادرة تكون بناء على أمر صادر من مصدر الضمان الأول . ويسمى الضامن الذى أصدرها بالضامن المقابل وما يقوم به

---

(1) إذ ليس بشرط أن يكون الضامن بنكا وإنما يمكن أن يكون أية مؤسسة مالية أخرى كالضمانات التى تقدمها شركات التأمين أو الشركات التجارية انظر فى ذلك:

Cass – comm – 20 – 2 – 1985, D, 1986, inf - rap P. 153 "L`acte par lequel deux societés se sont engagées conjointement et solidairement à payer à une troisieme société, chargée de la construction d`une usine de traitment de gaz, avec utilisation d`un procédé liveré par les premiere une somme ........, sur presentation d`une lettre recommandée portant notification ecrite des defauts au manquements a leur obligation aux termes de l`accord qu`elles avaient conclu, ne constitue pas une cantionnement, mais une garantie autonomie par rapport au contrat de bas.

وفى تعليق vasseur على هذا الحكم يقول إن المحكمة ذهبت إلى أنه عندما يتعلق النزاع بوجود تقصير فى تنفيذ الالتزامات فإن الأمر هنا لا يثير الضمان المستقل وإنما يتعلق الأمر بكفالة تدفع فقط فى الحالة التى تثبت فيها المسئولية على عاتق المقصر .

VASSEURc Droit Bancair (garantie indépendante) D, 1986, I-R, . 153.

وقد أشارت إلى ذلك أيضا القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية الصادرة فى ١٩٩٨، فى المادة الثامنة منها:

"Aux fins des présentes regles une garantie sur demande designe toute garanties "bond" ou autre engagement de payer quelle qu`en soit la dénomination ou la description, d`une banque, d`une compagnie d`assurance, ou de toute autre personne physique ou morale,

لم نعد أمام عقد معلق وإنما نصبح إما أمام عقد تام ونافذ وإما ألا نكون أمام عقد أصلا لاستحالة محله، ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية[١].

وما سبق لا يمكن قبوله بالنسبة للضمان بمقابل، إذ هو عقد نهائى نافذ منذ إبرامه وليس معلقا على قيام الضامن بالوفاء بالضمان، كما أن الضمان المقابل ليس هو فى ذاته – شرطا واقفا – لتنفيذ العقد الأصلى، وليس الضمان المباشر شرطا واقفا لإعمال الضمان المقابل، فكل من هذه العقود نافذة وسارية منذ لحظة الإبرام وترتب آثارها وتلقى بالتزاماتها على عاتق طرفيها، دون انتظار لأمر مستقبل غير محقق الوقوع، وعدم قيام الضامن المقابل بالوفاء للضامن المباشر لا يعنى زوال كل أثر للعقد باعتباره شرطا واقفا لم يتحقق، وإنما هو إخلال فى تنفيذ عقد قائم يرتب المسئولية العقدية عن عدم الوفاء.

وبعد الاستقرار على أن الضمان المقابل هو عقد منجز ونهائى، يتعين تعريفه، ومن أجل ذلك يستحسن عرض صورة هذا الضمان من خلال استعراض الصور الممكنة للضمان عموما وذلك نظرا لكثرة المتداخلين فى الضمان ولاستقلال كل متداخل عن الآخر. فقد يقتصر الأمر على قيام بنك أو أية مؤسسة مالية بضمان المدين بالالتزام فى مواجهة الدائن وهنا نصبح أمام ضمان مباشر يتم من خلال فتح ائتمان لصالحه بغد إصداره خطاب ضمان، وقد يتعدى الأمر هذه العلاقة الثنائية ليظهر ضامن آخر يصدر تعليماته إلى الضامن المباشر بمقتضاه يقوم بالدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه، وقد يتعدد هؤلاء الضامنون فى عملية ائتمان واحدة.

**وهكذا نجد أنفسنا - فى الضمان المقابل – أمام أربعة علاقات مستقلة:**

**أولها:** العلاقة العقدية التى تربط بين المدين والدائن، أو– بالأدق – بين البائع والمشترى والمورد والمستورد والمقاول ورب العمل، ويطلق على هذه الرابطة عقد الأساس Le contrat de bas وبسببها تنشأ عملية الضمان من خلال ما يصدره البائع أو

---

[١] انظر فى ذلك: السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ١٣ وما بعدها.

الضمان يتم من خلال ضامن آخر وهو البنك المحال إليه . فالضمان المقابل هو حلقه او مرحلة وسط بين الضمان الصادر لصالح المستفيد والتغطية الواجبة عن طريق مصدر الأمر . وبذلك يتضح أن الضمان والضمان المقابل نوعان مختلفان من التأمينات يؤدى كل منهما دورا ووظيفة خاصة ويستقل كل منهما عن الآخر وهذا ما يرتب آثارا سنراها فيما بعد .

ولا يقتصر الضمان المقابل على العلاقات التجارية الخاصة وإنما قد يمتد إلى العلاقات المدنية وأيضا إلى العلاقات ذات الطابع العام المتعلقة بسير المرافق العامة أو التعهد بإنشاء مشروعات ذات طابع عام، إذ تصدر الهيئات العامة ضمانات مستقلة لصالح المقاولين أو المتعهدين لدى أحد البنوك الذى قد يصبح ضامنا مقابلا للبنك الضامن المباشر الذى يوجد فى بلد المستفيد، ويشار فى هذا الصدد إلى أن عقد الضمان المقابل يشكل نموذجا للتداخل بين التعهد المنفرد والعقد الذى يوجد فى إطار علاقات القانون العام، هذا التداخل الذى وجد منذ بداية القرن العشرين[١].

ويلاحظ أن الهدف من الضمان المباشر والضمان المقابل هو تحقيق نوع من الأمان للمستفيد ضد خطر عدم قيام مصدر الأمر (المدين بالالتزام) بتنفيذ التزاماته وذلك بالنسبة للعقد الذى وجد بمناسبته الضمان، إذ يضمن له الحصول السريع، وبدون الدخول فى إجراءات معقدة، على مبلغ من المال فى حالة عدم أداء الالتزامات .

وقد أشارت إلى الضمان المقابل المادة الثانية فقرة (٢) من التعليمات الموحدة لغرفة التجارة الدولية الخاصة بالضمانات تحت الطلب[٢] بقولها: "فيما يخص القواعد الحالية، يقصد بالضمان المقابل كل ضمان، أو أى تعهد آخر أيا كانت تسميته أو وصفه يتم كتابة بهدف دفع مبلغ من المال للضامن بمجرد طلبه طبقا لبنود التعهد وذلك بناء على طلب

---

(1) DE LAUBADERE, P. DELVOLVE, MO DERN, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1984, Tome, 1, P. 67.

(2) Regles uniformes de la CCI relatives aux garantie sur demande, chambre de commerce internationale, pratique Banquiers. 1998.

مكتوب بالدفع وتقديم أية مستندات أخرى يشار إليها فى الضمان المقابل. وتتميز الضمانات المقابلة بأنها مستقلة عن الضمان الأول وعن عقد الأساس، وذلك حتى ولو تضمن عقد الأساس إشارة إلى أى منها"[١].

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يتعدد الأطراف سواء أكان ذلك فى الضمان المباشر أو الضمان المقابل، بمعنى أننا يمكن أن نجد أكثر من ضامن مباشر وأكثر من ضامن مقابل، وتنشأ فى هذه الحالة ما يسمى بالكونسيرتيوم **Pool de garantas consortuim** كما يمكن أن يكون هناك أكثر من بنك يضمنون كل طرف من أطراف العلاقة، وهنا يوجد بنك من بين مجموعة البنوك يسمى **Chef de file** وهو فقط الذى تربطه علاقة قانونية بمصدر الأمر، وما عداه من بنوك لا تنشأ أية رابطة بينها وبين مصدر الأمر أو المستفيد، وإنما تظل العلاقات القائمة بين البنوك المتعددة سواء أكانت ضامنة مباشرة أو بالمقابل محصورة فيما بينهم ولا تتعداها إلى مصدر الأمر أو المستفيد اللذين يرتبطان فقط مع البنك الرئيسى أو قائد هذه المجموعة[٢][٣].

وعلى ذلك يمكن أن نجد بنكا يتعهد بضمان بنك آخر الذى يقوم بدوره بالدفع إلى بنك ثالث بمجرد الطلب ويظل التسلسل قائما إلى أن نصل إلى البنك القائد الذى يسأل عن تغطية الضمان سواء أكان ذلك فى مواجهة مصدر الأمر أم المستفيد.

وهذه الصورة هى التى عرضت لها محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٨٥/٢/١٩ فى حكم متعلق بمجموعة البنوك الضامنة أو الضامنة المقابلة وقالت "إن الاتفاق الذى بمقتضاه يلتزم البنك الفرنسى بالدفع إلى بنك فرنسى آخر بمجرد طلبه والذى يعد بدوره ضامنا مقابلا

---

(1) Art, 2 ( C ) cci.

(2) Mohamed – Hamra – KOUHA, L`independan ce ...... Op. Cit. P. 12.

(٣) ويوجد فى هذا الإطار ما يسمى بالضمانات المشتركة، وفيها يصد خطاب الضمان عن عدة بنوك، ويلتزم كل بنك بأداء نسبة معينة من قيمة الضمان، انظر فى ذلك: د. عبد المجيد محمد عبوده: الكفالات البنكية، معهد الإدارة العامة، بالمملكة العربية السعودية، ١٤٠٨هـ، ص ٧٠.

للبنك المباشر، هو ليس كفالة وإنما هو ضمان مستقل عن عقد الأساس وعن التعهدات الأخرى"[(١)].

## المبحث الثانى

## خصائص عقد الضمان المقابل

أشرنا من قبل إلى أن الضمان المقابل عقد، ولذلك فهو يخضع للقواعد العامة التى تحكم العقود، من حيث المحل والسبب وتبادل الإرادات، كما أنه يتميز بالخصائص العامة التى تميز العقد بصفة عامة، بجانب بعض الخصائص الخاصة التى قد ينفرد بها عقد الضمان المقابل، أو يشترك فيها مع بعض العقود. وهو ما يتضح من خلال استعراض هذه الخصائص على النحو التالى:

### ١ – عقد الضمان المقابل ملزم لجانبين وليس من العقود الملزمة لجانب واحد:

فقد رأى بعض الفقه والقضاء فى هذا العقد وفى الضمانات المستقلة عموما أنها تعهدات من جانب واحد ولا تلزم إلا من صدرت عنه، بحيث يستفيد الطرف الذى صدرت لصالحه منها دون أن يتحمل بالتزامات مقابلة وقد ظهر ذلك بشكل أوضح فى الفقه والقضاء

---

(1) Cass – Comm. 19-11-1985, D, 1986, I-R, P. 153, “Au cas ou, à la demande d`un sous traitant etabli en France, une banque Frençaise à contre garantie une autre banque Francaise qui à contre garanti a son tour une banque lybienne chargée de délivrer “ une société lybienne une garantie à premiere demande de restitution d`acompte, la convention, par laquelle la banque Franciase s`obligée à irrévocablement et a in conditionnellement à payer à la second banque Française qu`elle à contre garantie à premiere demande ecrite de sa part, constitue non pas un cautionnement, mias une garantie autonomie“.

البلجيكيين. فقد قضت محكمة بروكسل[١] بأن الضمان منتج لأثره بعيدا عن أى قبول من جانب المستفيد. إذ يتم فقط عن طريق إرسال خطاب الضمان، وهذا ما يؤدى إلى القول بأن الضمان بمجرد الطلب التزام من جانب واحد. وقد أشار التعليق على هذا الحكم إلى أنه قدم فائدة كبيرة بطرحه – بوضوح – الطبيعة القانونية للتعهد البنكى، فهل هو التزام أو تعهد عقدى يستلزم صدور قبول من المستفيد؟ أم أنه تعهد بإرادة منفردة يوجد بدون الحاجة إلى هذا القبول؟ وواضح من الحكم أن المحكمة اتجهت إلى اعتبار التعهد التزاما ملزما لجانب واحد وهو الإرادة التى أصدرته لا يحتاج إلى قبول[٢]. وإذا كان الحكم يتحدث عن الضمان المباشر بمجرد الطلب، فإنه – ينطبق – بالضرورة – عل الضمان المقابل. ويشير التعليق أيضا إلى أن الفقه البلجيكى فى مجموعه يرى فى إصدار الضمان تعهدا إراديا منفردا من جانب البنك وقد ورد فى الحكم أن التعهد المنفرد غير قابل للرجوع فيه من جانب البنك.

وإذا كان هذا الكلام يمكن قبوله فى القانون البلجيكى حيث يعترف بصحة التعهد بمجرد التعبير عن الإرادة، فإن الأمر يختلف فى كل من القانون الفرنسى[٣] والمصرى إذ التردد الواضح فى قبول مثل هذه التعهدات، إذ يشترط غالبا صدور قبول ممن وجهت إليه وهو ما يثار عادة فى العقود التبرعية مثل الهبة أو الوصية. فصحة هذه العقود وفاعليتها متوقفة على إعلان القبول من جانب الموهوب أو الموصى له.

ويلاحظ أن الأثر البارز المترتب على النظر إلى الضمان المقابل على أنه عقد أم تعهد بإرادة منفردة، يظهر فى اللحظة التى يتم فيها التصرف أى لحظة ميلاده، فإذا قلنا بأنه عقد، كان معنى ذلك أن تاريخ إبرامه هو الوقت الذى يظهر فيه المستفيد قبوله للتعهد

---

(1) BRUXELLES, 7e Ch. 15-10-1987, D, 1988, Somm, P, 244 "L`engagement du garant est pleinment efficace, indépendamment de toute a cceptation Par le bénéficiaire etce, Par le seule effet de l`emission de la lettre de garantie, Cette regle est exprimée par le caractére unilatéral de la garantie à premiere demande. Dés l'émission de la garantie, la banque prend un engagement irrévocable ....".

(2) VASSEUR, Droit bancaire, garantie indépendante, D, 1988, P. 239 et, 244, 255.

(3) IBID.

بالضمان إذ يعد إصدار التعهد إيجابا بالضمان يستلزم اقترانه بقبول من المستفيد، ومن هذا الوقت، يعتبر العقد قد أبرم، أما قبل ذلك فلا وجود له، ويحق – بالتالى – للضامن أن يرجع فى إيجابه طبقا للقواعد العامة فى العقود[1]، بينما فى الحالة الثانية، أى إذا نظرنا إلى الضمان على أنه تعهد ملزم لجانب واحد وبإرادة منفردة، فإن التصرف يتم بمجرد إصدار التعهد بالضمان، إذ لا حاجة لإظهار المستفيد قبوله له.

فإرسال الضمان من جانب الضامن هو وحده يكفى لالتزامه ونشوء تعهده. ويلاحظ أن المشرع التجارى المصرى لا يجيز الرجوع فى الضمان بصفة عامة، ولا يقبل أن يتضمن الضمان ما يفيد ذلك بعد إصداره واتصال علم المستفيد به. وهو ما يشير إلى أننا أمام عقد ملزم لجانبيه، يتولد الحق لأطرافه فى المطالبة بتنفيذه أو بالتعويض عند تقاعس الطرف الآخر عن ذلك. وهو ما أوضحته المادة ٣٥٨ من قانون التجارة.

وفى الحقيقة، أن الضمان المقابل، مثله مثل الضمان المباشر بمجرد الطلب هو عقد لا ينعقد إلا بصدور قبول من جانب الطرف الأخر بما يعنى رضاءه ببنوده، ويلزم فى الرضاء أن يكون صريحا ومكتوبا، وبذلك لا ينعقد العقد إلا من التاريخ الذى يتلقى فيه الضامن المقابل إيصالا موقعا يفيد قبول الضامن (البنك المحلى) بأداء المبلغ المتفق عليه إلى المستفيد[2]. وبهذا الإيصال يثبت أن الضامن المباشر قد أطلع على التعهد الصادر من الضامن المقابل، وارتضى ما ورد به من بنود، كما علم بالوقت المحدد له. ويقوم بالوفاء بناء على ما اشتمله من تعليمات أو قيود.

كما يعد الضمان المقابل عقدا ملزما لجانبيه وهما الضامن المقابل والضامن المحلى (الأول)، إذ يلتزم الأول بتغطية الثانى وضمانه، من خلال قيامه بأداء المبلغ الذى

---

(١) انظر فى ذلك: السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، المصادر، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢١ وما بعدها.

(٢) وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا توجد أية رابطة قانونية بين البنك والمستفيد طالما أن هذا الأخير لم يتلق إخطارا يفيد فتح الائتمان.

Cass – Comm – 20 – 10 – 1953, S, 1954, 1, 121.

إذ أنه منذ هذه اللحظة فقط يصبح البنك المصدر للضمان ملتزما فى مواجهة المستفيد به".

يقوم بالوفاء به إلى المستفيد علاوة على ما قد يجرى به التعامل من الحصول على عمولات أو مصاريف نظير الأداء الذى يقوم به ٠ وفى المقابل يلتزم البنك (الضامن) المحلى بالتعليمات الواردة فى الضمان المقابل ٠

كما يلتزم بالدفع إلى المستفيد بمجرد الطلب، ويعد ذلك التزاما عقديا ناتجا عن عقد الضمان المقابل ٠

٢ – يعد عقد الضمان المقابل نظاما قاسيا بالنسبة للبائع أو المستورد أو المقاول أو مصدر الأمر بالضمان عموما ويقدم – فى الوقت ذاته – ميزة لصالح المستفيد منه، فهذا النظام قاسى بالنسبة لمصدر الأمر لما يتمتع به من طابع الاستقلال - كما سنرى – عن العقد الأساسى، وبذلك يحرمه من إمكانية الاعتراض على الدفع فى حالة الإخلال بتنفيذ هذا العقد أو التأخر فى ذلك ٠ فالضمان المقابل يتم إعماله بطريقة تلقائية وبدون شروط على عاتق المستفيد، ومن هنا يأتى القول بأن هذا النظام يقدم ميزة كبيرة لصالح المستفيد لأنه يقدم له ضمانا بالحصول على حقه بدون الحاجة إلى أن يثبت دينه كما يجنبه الدخول فى معترك القضاء، برفع دعاوى قضائية على المقصر فى الدفع، وبما يحتاجه هذا من جهد ووقت ومال ٠

### ٣ – عقد يغلب عليه الطابع الدولى :

الصورة العادية للضمان المقابل تقوم على أساس وجود البنك الضامن المقابل فى بلد والضامن الأول المباشر يكون فى بلد آخر، وغالبا ما يكون الأول فى بلد البائع أو المقاول أو المستورد ويكون الثانى فى بلد المشترى أو رب العمل أو المصدر، وغالبا أيضا ما تختلف الدول التى ينتمى إليها الأطراف المتعددة فى عقد الضمان، ولهذا، فإن هذا العقد يثير الأحكام والقواعد التى تحكم أى عقد دولى سواء أكان فى ذلك ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق أم فيما يخص القضاء المختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن العقد، فالعقد – فى الغالب – يكون من عقود القانون الدولى الخاص، وهى العقود التى ينتمى أطرافها إلى أكثر من دولة، بل إنه قد يثير قواعد القانون الدولى العام إذا كان أطرافه دولا، وإن كان هذا

الفرض يندر حدوثه، أما الافتراض الغالب هو تعدد أطراف العقد وانتماؤهم إلى أكثر من دولة[١]، وهو ما يتضح من الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة فى هذا المجال، فقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية أربعة أحكام فى وقت متقارب تتعلق جميعها بالعمليات التجارية الدولية التى تمت بين مؤسسات مالية فرنسية وأرباب أعمال أو شركات تنتمى لدول الشرق الأوسط مثل إيران، سوريا، المملكة العربية السعودية.

ففى الحكم الصادر فى ١٧ أكتوبر ١٩٨٤ كانت الدعوى متعلقة بنزاع بين شركة إيرانية تعاقدت مع شركة فرنسية على أن تقوم الثانية ببناء مصنع تسليم مفتاح لصالح الأولى. وطالبت الشركة الإيرانية بفتح ائتمان لدى بنك فرنسى يضمن لها رد المبلغ الذى أرسلته إلى الشركة الفرنسية فى حالة عدم التنفيذ، ونتيجة لانتهاء المهلة المحددة وعدم التنفيذ طالبت الشركة الإيرانية البنك بتنفيذ الضمان الذى رفض ذلك، وهنا رفعت الشركة الإيرانية دعوى على البنك، وقد رفضت الدعوى فى أول درجة وفى الاستئناف بحجة أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبى وهو عدم قيام شركة النقل بنقل الآلات والمواد اللازمة للبناء. غير أن محكمة النقض رفضت حكم الاستئناف ذاهبة إلى أنه ليس للمحكمة أن تتساءل عما إذا كان الأطراف قد نفذوا التزاماتهم أو لا لقيام البنك بالضمان.

فالتزام البنك بدفع الضمان التزام مستقل لا يؤثر فيه عدم تنفيذ التزامات عقد الأساس[٢].

وفى دعوى أخرى كان أطرافها مقاول فرنسى ورب عمل سورى (شركة بترول) قام الأخير بتحويل المبلغ إلى الأول وطالبه بإصدار ضمان لدى أحد البنوك الفرنسية لرد

---

(1) Cass – Comm – 17 – 10 – 1984, D, 1985, J, P. 273.

انظر فى خطاب الضمان الدولى:

GAVALDA et, STOUFFLET, la lettre de garantie internationale, Rev. – Tr. Dr. Comm. Et econom, 1980, P. 1, et Suiv.

(2) Cass – Comm, 27 – 11 – 1984, D, 1985, J, P. 269, "La contre garantie est une obligation autonomie, tant par rapport à la garantie de premier rang que par rapport au contrat de base, Elle ne constitue pas plus un cautionnement qu`une délégation.

المبلغ فى حالة عدم التنفيذ، وفعلا قام المقاول الفرنسى بالضمان لدى بنك Paribas الفرنسى والذى قام بدوره بإصدار تعليماته إلى البنك التجارى السورى ليقوم بالدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه. ونتيجة لعدم التنفيذ، طالب المقاول الفرنسى باسترداد خطاب الضمان من القاضى المستعجل الذى أعلن أنه غير مختص، فرفع دعواه أمام محكمة أول درجة التى رفضت هذا الطلب كما رفضته محكمة الاستئناف، فطعن فى حكمها، الذى رفض من جانب الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية على أساس أن الضمان المقابل هو التزام مستقل سواء بالنسبة للضمان الأول أو للعقد الأساسى[١].

والأمر نفسه فى الدعويين الأخريين اللتين كان أطرافهما فرنسيين وسعوديين أو فرنسيين وإيرانيين[٢]. وقد رفضت المحكمة فى الدعوى الأخيرة الحجز التحفظى الذى حصل عليه مصدر الأمر على المبلغ لدى الضامن المقابل.

ويلاحظ أن القول بغلبة الطابع الدولى على عقد الضمان المقابل، لا يعنى عدم تصور وجوده فى العلاقات الداخلية. فهذا الضمان أو الضمان المباشر ليس مقصورا على العلاقات والمعاملات التجارية الدولية، وإنما يمكن أن يوجد فى المعاملات الداخلية[٣]. إذ يمكن أن يقوم ضامن وطنى - بناء على تعليمات مصدر الأمر - بإصدار تعليمات إلى ضامن وطنى آخر قد يكون قريبا للمستفيد أو هناك تعاملات سابقة بينهما، بأن يقوم هذا الضامن بالدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه المبلغ المحدد فى خطاب الضمان. فإذا كان الهدف من الضمان المقابل هو تقوية الائتمان الذى يتمتع به المستفيد من خلال توفير أكثر من ضامن يقوم بالتغطية فإن هذا الهدف يتوافر فى المعاملات الداخلية مثلما يوجد فى العلاقات الدولية

---

(1) Cass – Comm, 12 – 12 – 1984, Cass – Comm, 5 – 2 – 1985, D, 1985, J, P. 269.

(٢) وقد أقرت محكمة الاستئناف فى امرها برفع الحجز الذى تم توقيعه على المبلغ تحت يد البنك الضامن:
"Justifie sa decision, la cour d`appel qui ordonne la mainlevée des saisies – arrets pratiquées entre les mains du banquier contre garantrs.

(3) Michel – VASSEUR, Note sous arrets – precid., D, 1985, P. 276.
وقد أشار إلى أن الضمان المستقل يمكن أن يحل محل الكفالة فى العلاقات الداخلية وذكر حكم:
Rouen, 2 – 2 – 1984, Rev. Jur, Comm, 1984, P. 289.

ذات الطابع الدولى• وقد يوجد الضمان المقابل ـ فى هذه العلاقات ـ جنبا إلى جنب أية تأمينات أخرى سواء أكانت شخصية أم عينية•

### ٣ ـ عقد الضمان المقابل عقد تحكمه بنوده[١] :

فما يصدر عن البنك الضامن المقابل من تعليمات يجب على البنك المحلى (الضامن الأول) الالتزام بها ويقوم بالوفاء إلى المستفيد طبقا لها• وقد تتعلق هذه التعليمات بالمبلغ محل الضمان، وقد تشير إلى الوقت الذى يجب فيه إعمال الضمان• وقد تنصب على ضرورة تقديم مستندات معينة من جانب المستفيد تمكن الضامن المباشر من التأكد من أحقيته فى الوفاء ويراقب عملية الضمان للتأكد من انتفاء الغش أو التدليس• وعموما، فقد يصدر الضمان المقابل بدون أية شروط يرتبط فقط بالطلب المكتوب الذى يقدمه المستفيد، وقد يشترط فيه بيان السبب فى الطلب من جانب المستفيد، وقد يصدر الضمان المقابل ولكن يتوقف إعماله على تقديم مستندات من جانب المستفيد لتدعيم طلبه•

ولا شك فى تمتع البنك الضامن المقابل بحرية تضمين إصداره بما يراه من تعليمات أو شروط وعلى الضامن الأول الالتزام بذلك، ومن هنا جاء القول بأن الضمان المقابل هو عقد ملزم لجانبيه لا يسرى بمجرد إصداره من جانب الضامن المقابل، وإنما يتوقف ذلك على قبوله من ناحية الضامن المحلى (المباشر)• وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه "لا يمكن إعمال الضمان من جانب المستفيد إلا طبقا للتعليمات التى يتضمنها الضمان" وقد كان ذلك بمناسبة قيام المستفيد بطلب الوفاء قبل التاريخ المحدد لذلك فى خطاب الضمان المقابل[٢].

---

[١] تنص المادة ٢ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، على أن "١ ـ تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى"•

[2] Cass, Comm – 5 – 2 – 1985, Prect. “La garantie ne pouvait être invoquée par son bénéficaire que selon les termes memes dans lesquels elle avait été donnee”.

[illegible] متعلق بضمان مقابل صدر متضمنا شرطا يتعلق بأن إعماله يتم وفقا للقوانين واللوائح السورية حيث توجد الضامن المباشر وهو البنك التجارى السورى، والمستفيد) فقد قام البنك السورى بمد أجل الضمانات الممنوحة حتى استرداد المستندات أو الخطابات من جانب الضامن المقابل، بمعنى أنه جعل مدة صلاحية الضمان مرتبطة بنهاية مدته أو بالقيام بالاستيرداد . وقد تم ذلك وفقا للوائح السورية[1]. وبذلك فقد رفضت المحكمة الحجج التى ساقها البنك الفرنسى فى هذا السياق، معلنة أن الضمان (سواء أكان مباشرا أم مقابلا) يتقيد بالبنود والمصطلحات التى تضمنها . وبخاصة أن اللوائح التجارية المعمول بها فى أى بلد يجب أن تكون معلومة للممارسين لمثل هذه الأنشطة، وبالتالى كان يجب على مصدر الأمر أن يعلم – عند إصداره ضمانا لمصلحة شركة سورية – أن مثل هذا الضمان يظل صالحا حتى استرداد المستندات[2].

يمكن يشير الضمان المقابل إلى مدة انتهاء الضمان وقد يربط ذلك بمجرد تقديم الطلب من جانب المستفيد كما قد يحدد أى تاريخ آخر، المهم أن يكون البند أو البنود التى يتضمنها العقد واضحة وصريحة بل ومفهومة للطرف الآخر . إذ قد يصدر الضمان المقابل بلغة مصدره ويحتوى على مصطلحات يصعب فهمها من جانب الضامن المباشر أو يثير تفسيرها نوعا من الغموض والشك نظرا لاختلاف لغة الضامن المقابل عن لغة الضامن المحلى، وهذا ما يؤدى إلى نشوء النزاعات بشأن هذه الضمانات التى تتعدى النطاق الجغرافى لدولة ما، ولا شك فى أن القضاء هو الذى يتولى الفصل فى هذه الخلافات من خلال التفسير الدقيق لبنود العقد، وإن كان يحكم – فى هذه الإطار – بقيود أهمها التزامه بما ورد بالعقد من بنود. والاتجاه نحو تفسير الشك لمصلحة المدين دائما، كما أشارت إلى ذلك المادة ١٥١ من القانون المدنى بقولها"١ – يفسر الشك فى مصلحة المدين. ٢ – ومع ذلك لا

---

(1) Cass – Comm – 17 – 11 – 1984, Precit "
(2) VASSEUR note precit. P. 274.

يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[١].

ومن أجل تجنب الخلافات بين الطرفين حول عبارات الضمان المقابل، يتم إعداد نسختين أو أكثر بلغة كل طرف فيه ويوقع على هذه النسخ من قبل الأطراف[٢].

### ٤ ـ عقد الضمان المقابل قائم على الثقة :

إذا كانت الثقة هى مبدأ عام يحكم العقود وتنفيذها، فإن لها دورا مهما ومؤثرا فى المعاملات التجارية بصفة خاصة، وعلى الأخص فى العمليات التى تقوم بها البنوك وأهمها الضمان . وهذا المبدأ هو الذى أدى إلى تميز المعاملات التجارية بخصائص وخضوعها لأحكام تختلف نوعا ما عن العلاقات المدنية سواء ما تعلق منها بالإثبات أو بالائتمان . ولا يخرج عقد الضمان المقابل عن ذلك، فهو يعد من عقود مبدأ حسن النية بالمعنى الضيق، إذ يتعهد كل من الضامن المباشر والضامن المقابل برابطة ثقة متبادلة . إذ يعتمد الضامن المقابل على مجرد الرسالة أو الخطاب الذى يصدره الضامن المباشر يفيده بتعهده بتغطية الضمان الذى يقوم به لصالح المستفيد، ويطلب منه إصدار ضمانة بشكل يتفق مع ما هو مطلوب منه واحترام التنظيمات القائمة أو التعليمات المدرجة بخطاب الضمان . بحيث يمكن القول بأن الضامن المقابل يحرر شيكا على بياض لصالح الضامن المباشر[٣]. ويترك له

---

[١] ولا يجوز للقاضى الانحراف عن بنود العقد إذا كانت واضحة وهو ما أشارت إليه المادة ١٥٠ مدنى بقولها: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، للتعرف على إرادة المتعاقدين، ٢ ـ أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

[٢] وقد أشارت المادة ١٩ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية إلى التقيد بشروط الضمان بقولها:
"Toute demande de paiement sera faite conformement aux termes et conditions de la garantie au plus tard à l'expiration de celle – ci, C'est – à – dire avant ou à la Date d'expiration ou avant tout fait entrainant l'expiration.

[3] Mohamed HAMRA, L'independence – Op. Cit.,P. 16.

وحده حرية تقدير مدى توافر الشروط اللازمة لإعمال الضمان كما يقوم بفحص المستندات التى قد تكون مطلوبة فى خطاب الضمان قبل الوفاء به إلى المستفيد .

وفى المقابل يتولى البنك المحلى (الضامن المباشر) الدفع إلى المستفيد تحت مسئوليته وعلى حسابه معتمدا فقط على مجرد التوقيع الصادر عن الضامن المقابل، ويتحمل مخاطر التغطية دونما ضمان اللهم إلا الخطاب المرسل إليه . ولولا الثقة المتبادلة بين الضامنين والتى تحكم تعاملاتهما لتردد كثيرا الضامن المباشر قبل الدفع . ويقوم هذا الأخير بالوفاء بتعهده للضامن المقابل بعدما وثق فى توقيعه وتعهده بالوفاء إليه بالمبلغ الذى يقوم بدفعه إلى المستفيد . وبذلك يكون البنك المباشر قد عرض نفسه لمخاطر التغطية وللخشية من ضياع المبلغ المدفوع عليه، وذلك كله فى نظير التعهد الشخصى الصادر عن البنك الضامن المقابل . ولا يقوم البنك المباشر بوضع مركزه المالى فى هذا الموضع إلا إذا كانت هناك ثقة متبادلة بينه وبين الضامن المقابل .

ومن أجل ذلك، فإن القضاء يتشدد إزاء أية خيانة لهذه الثقة، ويرتب المسئولية كاملة على عاتق المقصر حتى ولو تعلق الأمر بخطأ بسيط أو إهمال يسير، فهذه الثقة الكبيرة المتبادلة لابد وأن تقابلها مسئولية صارمة عن أية خيانة لها . وهذا هو موقف القضاء عموما فى العقود التى يتطلب إبرامها أو تنفيذها حسن نية بالمعنى الضيق لهذا المبدأ[1] إذ قد يترتب البطلان عن الصمت المجرد من جانب أحد المتعاقدين عن الإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه[2].

والخلاصة، أن مبدأ حسن النية يظل من لحظة إصدار الضامن المقابل لخطاب الضمان إلى البنك المباشر وحتى نهاية الضمان، إطارا يقوم من خلاله الطرفان بتنفيذ التزاماتهما .

---

(١) وليس بالمعنى العام أو الواسع لحسن النية الذى يهدف إلى تفسير العقد بشكل معين وتحديد التزامات الأطراف بما يوحى به منطوق عبارات العقد وبنوده، فالعبرة – فى تفسير العقود – هى بالمقاصد والمعانى وليس بالألفاظ والمبانى .

(2) CADERE, Théorie et pratique de l'assurance de responsabilité Paris, 1928, P. 117.

وقد اشارت المادة ١٥ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية الخاصة بالضمانات بمجرد الطلب إلى أن الضامن والضامن المقابل لا تنتفى عنهم المسئولية المشار إليها فى المواد ١١، ١٢، ١٤ إلا إذا تصرفوا بحسن نية وبذلوا عناية الرجل المعتاد(١).

### د - عقد الضمان المقابل فيه اشتراط لمصلحة الغير:

تعرف المادة ١٥٤ من القانون المدنى الاشتراط لمصلحة الغير بالقول أنه :

"يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد. ٣ - ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك".

وهكذا يتضح أن الاشتراط لمصلحة الغير يفرز ثلاث علاقات متباينة:

أولها العلاقة بين المشترط والمتعهد وهى علاقة عقدية ملزمة لطرفيها، يتلقى المتعهد فيها مقابلا لالتزامه أيا كان نوعه، فقد يكون ماديا وقد يكون أدبيا، ومن هنا جاء وصف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه يتطلب إيجابا من المشترط وقبولا من المتعهد.

ثانيا: علاقة المنتفع بالمتعهد وهى نابعة من الاشتراط الذى اشترطه المشترط، بمقتضاه يتلقى المنتفع حقا من رابطة ليس طرفا فيها ويلتزم المتعهد بالأداء إلى المنتفع فى الوقت الذى يعلن فيه الأخير رغبته فى ذلك. فالاشتراط لمصلحة الغير يعد من الاستثناءات التى ترد على مبدأ نسبية العقد الذى يقضى بقصر الحقوق والالتزامات التى ينشئها العقد

---

(1) Art, 15 "Les Garants et contregarants ne seront pas exoneres de leur responsabilité en vertu des articles 11, 12, et 14 Ci – dessus S'ils n'ont pas agi de bonne foi et avec un soin raisonable".

على الطرفين، بينما فى الاشتراط يكتسب المنتفع حقا من عقد ليس طرفا فيه، مثله فى ذلك مثل التعهد عن الغير، إذ يسفر عن تعهد الغير بأداء التزام فى حالة قبوله ذلك (مادة ١٥٢ مدنى).

أما عن العلاقة الثالثة، وهى تلك التى توجد بين المشترط والمنتفع، فقد تكون علاقة معاوضة يحصل بمؤداها الأول على مقابل مادى من المنتفع نتيجة الاشتراط، وليس بشرط أن يكون المقابل مبلغا من النقود وأنما يمكن أن يكون شيئا ماديا أو أى جعل آخر حصل عليه المشترط، بل قد تكون المصلحة التى تعود عليه مصلحة أدبية وهذا ما يجعل الاشتراط تبرعيا أو خدمة يقدمها لصديق، ومن أحكام الاشتراط أن المتعهد يمكنه أن يتمسك فى مواجهة المنتفع بالدفوع الناشئة عن العلاقة العقدية بينه وبين المشترط، كما يجوز للمشترط أن يطالبه بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع اللهم إلا إذا كان هناك ما يمنع ذلك فى العقد[1].

وبالنظر إلى عقد الضمان المقابل، يتضح أنه يحتوى على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ منه يحصل المستفيد على حقه وهو مبلغ الضمان من علاقة ليس طرفا فيها وإنما هى ناشئة بين الضامن المقابل والضامن المباشر.

ولا شك فى أن هناك مصلحة تعود عل الضامن المقابل من وراء اشتراطه الضمان وهى غالبا مصلحة مادية يحصل عليها من مصدر الأمر بالضمان الأول.

ويستطيع الضامن المباشر أن يحتج فى مواجهة المستفيد بالدفوع التى يتضمنها الخطاب الصادر من الضامن المقابل، كما لو اشترط تقديم مستند أو أكثر أو فحص ما يقدم من مستندات للتأكد من خلوها من الغش أو التدليس. وغالبا ما لا يستطيع الضامن المقابل المطالبة بتنفيذ الضمان، لأن ظروف العقد وبنوده تجعل من المستفيد هو وحده المنتفع كما لا يجوز له أن ينقض الضمان أو يرجع فيه، لمخالفة ذلك لمقتضيات عقد الضمان المقابل

---

(١) انظر فى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير: محمد عارف قاسم الشناق: الاشتراط لمصلحة الغير رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م، ص ٢٢١.

وهو ما أشارت إليه المـادة ١٥٥ مدنـى بقولـها "يجـوز للمشـترط دون دائنـه أو ورثتـه أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منه، ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد".

ومن القواعد التى تحكم الضمان المقابل باعتباره اشتراط لمصلحـة المسـتفيد، أن هذا الأخير لا يملك التنازل عن الضمان لمصلحة شخص آخر ولو كانت تربطه علاقـة أيضـا بمصدر الأمر. فالضمان المقابل هو تعهد شخصى بالتغطية من قبل الضامن المقـابل يصـدر لمصلحة مستفيد بعينه، فإذا تغير قد لا يجد الضـامن المقـابل الدافـع إلـى إصـدار مثـل هـذا التعهد، وكذلك فإن المستفيد لا يملك حوالة الضمان إلى شخص آخر، وإن كان يجـوز لـه أن يحيل المبلغ بعد إعمال الضمان لصالح شـخص آخـر، إذ يصبـح ـ فـى هـذه الحالـة ـ المـالك للمبلغ وليس الضامن المباشر وبالتالى فإن له الحرية فى التصرف فيه. وهو ما عبرت عنـه المادة ٤ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بقولـها "إن حـق المسـتفيد فـى التقـدم بطلب الضمان غير قابل للتحويل، إلا إذا كان هناك اشتراط صريح فى الضمان أو فـى الخطـاب الصادر به، ولكن هذا لا يمنع المستفيد من حوالة المبلغ الذى أصبح له الحق فـى الحصـول عليه بسبب إعمال الضمان"[1].

## ٥ ـ الضمان المقابل هو ضمان مستقل :

إذ أنـه تعهد شخصى مـن جـانب الضـامن المقـابل بالتغطيـة، بمجـرد قيـام الضـامن المباشر بالدفع إلى المستفيد، ولذلك فهو التزام مستقل سواء أكان استقلاله فى مواجهة عقد الأساس، أيا كان تكييف هذا العقد ومحله، أى سواء أكان عقد بيع أو مقاولة أو توريـد، فـلا علاقة تقوم بينهما. كما أن الضمان المقابل عقد مستقل عن الضمـان الأول بمجـرد الطلب،

---

[1] Art, 4 "le droit du bénéficiaire de presenter une demande au titre d'une Garantie n'est pas transferable, sauf stipulation expresse dans la garantie ou dans un amendement à celle. Ci. Cet article n'affectera cependant pas le droit du bénéficiaire du transférer tout montant auquel il aurait droit ou viendreit à avoir droit en vertu de le garantie".

كما يستقل هذا الضمان على العلاقة بين البنك المباشر والمستفيد، فالتعهد الناتج عن الضمان المقابل يتم بشكل مستقل ولا يعتمد بأية صورة فى تنفيذه على الضمان الأول ولا على عقد الأساس.

وهذا الاستقلال الذى يتمتع به الضمان المقابل، يرتب مجموعة من النتائج القانونية سواء أكان ذلك فيما يتعلق بإعماله أم كان فى القانون الواجب التطبيق عليه أو المحكمة المختصة بالمنازعات التى تثور بشأنه. وهذه الأحكام التى سوف نتناولها فى الفصل الثانى عند الحديث عن أحكام الضمان وعلاقته بالأنظمة القانونية الأخرى التى تعمل إلى جواره.

# الفصل الثانى

## التكييف القانونى لعقد الضمان المقابل

انتهينا مما سبق إلى أن الضمان المقابل هو عقد ملـزم لجانبيـه يتمتـع بخصـائص عدة ذكرناها . هذه الخصائص هى التى تجعل من هذا الضمان علاقة حائرة لا يستقر المقـام بها تحت تكييف من التكييفات المعروفة فى القانون الخاص أو العام، كما تجعلها تتأبى على الخضوع لأحكام أى عقد من العقود المسماة بشكل كامل، مما قد يدفع إلى القول بخصوصية الضمان المقابل . هذه الخصوصية تنبع من خصائصه ـ كما قلنا ـ وتفرض ـ فى الوقت ذاته ـ مجموعة من الأحكام التى يخضع لها الضمان تنبع فى مجملـها ممـا يـدرج فيـه من بنـود واشتراطات . وتنعكس أيضا هذه الخصوصية على كيفية إبرام عقد الضمان المقـابل وعلـى طريقة تنفيذه وعلى الوضع الذى ينتهى به هذا العقد .

ولا شك فى أن هذه المسائل تثير من الصعوبات الكثير وتكشف عن خلافات فقهيـة وقضائية حولها . وبخاصة عند البحث فـى علاقـة الضمـان المقـابل، بالتأمينـات الشـخصية الأخرى التى عرفت فى المعاملات التجارية فى عمليات البنـوك ويـأتى فـى مقدمتـها الكفالـة التى نظمها القانون المدنـى . وأيضا تثـور الخلافـات عنـد الحديث عن استقلالية الضمـان المقابل فى مواجهة عقد الأساس بما يعنيه من عدم إمكانية الاحتجاج بما ورد فى هذا العقـد من اشتراطات عند إعمال الضمان المقابل . والأمر نفســه بالنسبة لعلاقـة الضـامن المقـابل بمصدر الأمر بالضمان .

وتبدو مسألة التكييف مهمة بالنسـبة للأحكـام القانونيـة التـى يجب تطبيقـها علـى العلاقة محل التكييف، إذ تختلف هذه الأحكام بحسب نوع العلاقة، فما ينطبق على الكفالة من أحكام غير تلك التى تخضع لها الوكالة وهذه وتلك تختلفان عن الأحكام التى تحكم الضمـان المباشر . ولذلك، كان لزاما مناقشة مسألة التكييف القانونى لعقد الضمان المقـابل للوقـوف

على ما يحكمه من قواعد ٠ فهل هذا العقد هو كفالة؟ أم هل هـو وكالـة؟ أم هل هـو إنابـة أو تفويض؟ أم هو ضمان خاص مستقل يندرج تحت طائفة العقود غير المسماة؟

وقبل أن نعرض لهذه التكييفات يستحسن الحديث عـن مبـدأ الاسـتقلال الـذى يحكـم الضمـان المقابل لما يؤدى إليه الاستقلال من سهولة التمييز بيـن هذا الضمـان وغيره مـن الأنظمة الأخرى ٠

وعلى ذلك نتناول هذا الفصل فـى مبحثيـن نتنـاول فـى الأول منـهما مبـدأ اسـتقلال الضمان المقابل، ونعرض فى الثانى للتمييز بين الضمان المقابل والأنظمة الأخرى ٠

## المبحث الأول

## مبدأ استقلال الضمان المقابل

أشرنا من قبل إلى استقلال الضمان المقـابل عن كل مـن عقد الأسـاس والضمـان المباشر، فعندما يطلب مصدر الأمـر بالضمـان مـن الضـامن بـأن يصـدر ضمانـا مقـابلا إلـى الضامن المحلى الموجود فى بلد المستفيد متضمنا التعليمـات الضروريـة واللازمـة لتغطيـة الضمان، ويقوم البنك الأول (المحلى) بالدفع إلى المستفيد بناء على تعليمات بنـك البـائع أو المقاول (الذى يصدر ضمانا مقابلا له) فى هذه السلسلة من العمليات تنشأ كما قلنـا علاقـات أربع مستقلة فى مواجهة بعضها البعض ٠

### أ ـ استقلال عقد الضمان المقابل عن عقد الأساس:

فالتعهد الذى يصدره بنك مصدر الأمر إلى البنك المباشر مستقل عن عقد الأسـاس الذى بسببه نشأ الضمان الأول، وعلـى ذلـك لا يمكـن للضـامن أن يربـط دفـع مبلـغ الضمـان وتنفيذ أو عدم تنفيذ عقد الأساس، بمعنى أنه لا يمكن للضامن الامتنـاع عن الدفع بحجة عدم تنفيذ مصدر الأمر لالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس كما لا يستطيع تعليق الدفع علـى هذا

التنفيذ . وإنما هو يتعهد بالأداء بمجرد الطلب من جانب الضامن الأول المحلى الذى يقوم بدوره بالأداء إلى المستفيد .

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها بتاريخ ١٩٨٤/١٠/١٧[١] وقالت فى حكم آخر أن "عبارة الدفع بمجرد الطلب، تعنى بدون غموض، تعهد البنك بضمان مستقل فى مواجهة عقد الأساس" . وينتج عن ذلك، أن كل ما يرد فى عقد الأساس من بنود أو اشتراطات أو التزامات يلقيها على عاتق المستفيد من الضمان لا تؤثر فى إعمال الضمان المقابل، ولا يمكن أن يحتج الضامن المقابل بأى بند وارد فى عقد الأساس .

ولذلك قضى بأن شرط التحكيم الموجود فى عقد الأساس لا يكون له تأثير على رابطة الضمان . لذلك بسبب أن المنازعات التى يثيرها إعمال الضمان تختلف عن تلك المنازعات التى تنشأ عن عقد الأساس . وبهذا قد تختلف طريقة تسوية كل منازعة من هذه المنازعات، فإذا اتفق الأطراف فى عقد الأساس على تسوية خلافاتهما الناشئة عن تنفيذ هذا العقد عن طريق التحكيم، فإن هذا الاتفاق لا ينسحب على أية منازعة ناشئة عن إعمال الضمان المباشر والمقابل[٢].

كما يترتب على استقلال عقد الضمان المقابل عن عقد الأساس أن أية تعديلات تطرأ على العقد الأخير لا يكون لها تأثير على العقد الأول . وبذلك، فإنه إذا قضى ببطلان عقد الأساس أو فسخه، فإن هذا لا يؤثر على عقد الضمان . أيا كان السبب الذى أدى إلى ذلك، أى سواء أكان البطلان بسبب يرجع إلى مصدر الأمر أم إلى المستفيد، ويستوى أيضا أن

---

(1) Cass – Comm. 17-10-1984, Precit.

(2) Paris, 25-5-1983, D, 1983, J, P. 484, "Les demandes Formée par le donneur d'ordre francais contre le maitre de l'ouvrage d'une part et contre les deux banques d'autre part, se rapportent à des litiges entirement distincts que rien n'impose de reunir dans une meme instance unique" et, Paris, 2-6-1983, D, 1983, J. P. 437, Tr. Comm. Paris, 8-7-1983, D, 1984, I.R, 92.

يكون الفسخ اتفاقيا بين الأطراف لوضع نهاية للعقد بصورة طبيعية أم كان قضائيا أو قانونيا فى حالة عدم تنفيذ الالتزامات من جانب أحد الطرفين أو استحالة هذا التنفيذ[١].

كما ينتج عن استقلال عقد الضمان المقابل عن عقد الأساس أنه ليس بالضرورة أن يكون المبلغ المشار إليه فى الضمان هو ذاته المبلغ المحدد فى عقد الأساس، إذ قد يقوم مصدر الأمر بتنفيذ الالتزام بشكل جزئى يقابل مقدارا من المبلغ الذى دفعه المستفيد، وبالتالى لا يتبقى له إلا جزء يصدر الضمان بشأنه، ولذلك، فإن الممارسة تشير إلى عدم الربط بين مبلغ الضمان والمبلغ المحدد فى عقد الأساس وإلى تجنب ألا يتم تحديد المبلغ الأول المقدم بنسبة من مبلغ عقد الأساس ويلاحظ أنه غالبا ما يأتى مبلغ الضمان أقل من المبلغ المحدد فى عقد الأساس[٢].

كما يترتب على استقلال عقد الضمان المقابل عن عقد الأساس أن مصدر الأمر بالضمان الأول (الطرف فى عقد الأساس) لا يستطيع منع الضامن المباشر من الدفع إلى المستفيد، ولا يمكنه أيضا أن يمنع الضامن المقابل من القيام بالتغطية، كما لا يمكنه الحجز على مبلغ الضمان لدى أى من الضامنين، فاستقلال الضمان عموما عن عقد الأساس يؤدى إلى عدم عرقلة إعمال الضمان بحجة نابعة من هذا العقد.

---

(1) Mohamed. HAMRA, Op. Cit., P. 22.

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالب به هذا الأخير، باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو فى حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك".
نقض مدنى فى ١٩٦٩/٥/٢٧، مج أحكام النقض، س ٢٠، ص ٨١١، رقم ١٢٨، وإذا تعلق ما سبق بخطاب الضمان العادى، فإنه ينطبق كذلك على الضمان المقابل، الذى يظل مستقلا عن العلاقة الأساسية التى صدر تنفيذا لها. وأيضا، نقض مدنى فى ١٩٧٢/٣/١٤، مج أحكام النقض، س ٢٣، ص ٤٠١، رقم ٦٣. وقد أضاف هذا الحكم أن "البنك مصدر خطاب الضمان، لا يعتبر وكيلا عن العميل فى الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان. بل إن التزامه فى هذا الشأن التزام أصيل، ويترتب على ذلك أن ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما، ولا صلة للمستفيد بها ....".

ولذلك، فإنه إذا كان هناك شرط فى عقد الاساس يحدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه، فإن هذا الشرط لا يمنع من اللجوء إلى محكمة أخرى بشأن إعمال الضمان المقابل.

وقد أثير ذلك فى أحد الأحكام، عندما اعترض الضامن الأول اليونانى على لجوء مصدر الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة الفرنسى لمنع البنك الفرنسى الضامن المقابل من الدفع، وجاء الاعتراض على أساس أن هناك شرطا اتفاقيا فى عقد الأساس يحدد اختصاص المحاكم اليونانية بنظر المنازعات الناشئة عنه. وهنا أشارت المحكمة إلى أن استقلال الضمان عن عقد الأساس يمنع الاحتجاج بمثل هذا الشرط(١). فكل من الضامن المباشر والضامن المقابل ليس طرفا فى عقد الأساس(٢).

وقد أشرنا من قبل إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الذى ألغى الحجز الذى أمر به القاضى المستعجل على مبلغ الضمان المقابل، وذلك بناء على طلب مصدر الأمر(٣) وإذا قام مصدر الأمر بمنع الضامن المقابل من الدفع إلى البنك الأول، وذلك عن طريق الحجز التحفظى الذى أخذه على المبلغ الموجود تحت يد الضامن المقابل، فهنا تقوم مسئولية كل من الضامن المقابل ومصدر الأمر فى مواجهة الضامن الأول(٤).

والحالة الوحيدة التى يمكن أن يتدخل فيها مصدر الأمر فى مواجهة كل من الضامن المقابل والمباشر (الأول) هى التى يستطيع فيها أن يثبت الغش والتواطؤ الذى تم

---

(1) Paris, 3e Ch. 14-10-1983, D, 1984, I.R., 202 obs. N. Vasseur.

(2) CABRILLAC et TEYSSIE, CREDIT et titres des Crédit, Rev. Tr. De droit. Comm. Et econom, 1984, P. 503.

(٣) انظر ص ٢٤.

(4) Tr. Comm. Paris, 15-2-1984, D, 1984, I.R, 205, "dans le Cas ou le donneur d'ordre a empêché le paiement de la contre garantie à la banque garante de premier rang, en se laisant autoriser à saisir. Conservatoire la contre. Garangie par une ordonnance de president du tribunal ....... Le donneur d'ordre et la banque contre garant doivent être condamnes solidairement à reparer le dommage subi par la banque garante de premier rang du fait de leur comportement.

بين الضامن المباشر والمستفيد. فإذا قام الضامن بالدفع إلى المستفيد مع وجود هذا الغش أو التواطؤ، فإن هناك ضررا يصيب مصدر الأمر ويعطيه الحق فى الحجز التحفظى على المبلغ الموجود لدى الضامن المقابل، بشرط أن يثبت هذا التواطؤ، فعبء الإثبات ملقى على عاتقه، أما إن تعذر عليه الإثبات لم يكن له الحق فى منع إعمال الضمان المقابل.

وقد قضى فى ذلك بأن عرقلة الدفع من جانب مصدر الأمر لا تكون إلا عندما يصبح مضرورا بسبب الحيل التدليسية التى قام بها المستفيد للحصول على مبلغ الضمان، ولكن ذلك يشكل حالة خطر اقتصادى، يتعين على مصدر الأمر إثباتها وإحاطة البنك بها علما[1].

كما قضى بأن حكم محكمة الاستئناف يفتقد إلى الأساس القانونى عندما قضى بصحة القرار الذى أمر به القاضى المستعجل بناء على طلب مصدر الأمر بوقف الضمان المقابل وبعدم أداء المبلغ الموجود لدى البنك الضامن بحجة أن هناك ضررا أصابه من جراء حرمانه من هذه الأموال الكثيرة ومنعه من التصرف فيها، وذلك دون أن تثبت المحكمة وجود الغش أو التدليس الظاهر الذى ـ وحده ـ يمكن أن يمثل عقبة أمام التعهدات المستقبلة الصادرة عن الضامن المقابل[2].

---

[1] Tr. Comm. BRUXELLES, 30-1-1990, D, 1990, Somm, P. 209.
"....... Il se peut que le donneur d'ordre soit victime d'une manoeuvre mais cet etat de chose constitue un resque enomique qu'il ne peut Faire supporter par son banquier, auquel il a demandé en connaissance de cause de prendre à l'egard d'un tiers un engagement personnel devant lui faciliter.

[2] Cass. Comm. 5 – 5 – 1988, D, 1988, J, 430 et note, Vasseur "N'a pas donné de base legale à sa décision la cour d'appel qui à jugé ..., qu'il entrait dans les pouvoirs du juge des référés d'ordonner le sursis à execution de garantie et contre garantie à premiere demande jusqu'a decision du tr. De commerce saisi au fond, au motif que le paiement des garantie ferait subir un Lourd dommage au donneur d'ordre par privation de capitaux inportants, et qui s'est determinée par de tels motifs sans relever l'existence d'une fraude ou d'un abus manifestes, qui, seuls, auraient éte de nature à faire obstacle à l'exécution des engagements à premiere demande, souscrits sur les instruction du donneur d'ordre par les banques garante et contre garante.

## ب – استقلال الضمان المقابل عن الضمان المباشر (الأول):

إذا كانت العلاقة بين الضامن المقابل والضامن المباشر هى علاقة عقدية ملزمة لطرفيها، إلا أنها ترتب تعهدات شخصية مستقلة تقع على عاتق كل ضامن . فما ينتج عن الضمان المقابل هو عبارة عن تعهد بتغطية الدفع الذى يقوم به الضامن المحلى إلى المستفيد، وهذا التعهد مستقل عن تعهد الأخير فى مواجهة المستفيد، ويتم التعهد شخصيا ولا يعتمد بأى شكل على أداء الضمان الأول . وهذا الاستقلال يؤدى إلى حرمان الضامن المقابل من إمكانية عدم التغطية بحجة عدم قيام مصدر الأمر بإصدار الضمان أو قيامه بسحب خطاب الضمان بعد إصداره، إذ بمجرد أن يصدر الضامن المقابل تعهده بتغطية الدفع الذى يقوم به الضامن الأول، تنشأ علاقة مستقلة بين الضامنين ولا يسمح بعد ذلك للضامن المقابل بإثارة أية حجج نابعة من علاقته بمصدر الأمر أو بالتمسك بالاستثناءات التى قد توجد فى عقد الأساس .

فالتعهد بالدفع بمجرد الطلب يفرز ضمانا مستقلا سواء أكان ذلك بالنسبة للضامن الأول أو للضامن المقابل ولا يمكن معه للضامن المقابل أن يتنصل من الدفع بحجة عدم تنفيذ عقد الأساس أو لعدم قيام المستفيد بتنفيذ التزاماته[1]. والحالة الوحيدة أيضا التى يمتنع فيها الضامن المقابل عن تنفيذ تعهده فى مواجهة الضامن الأول "المحلى" هى التى يثبت فيها وجود غش أو تواطؤ بين الضامن المباشر والمستفيد . فعندما يقوم البنك بالوفاء إلى المستفيد مع علمه المسبق بوجود غش أو تدليس من جانبه، فإن هذا يعطى الحق للضامن المقابل فى الامتناع عن التغطية، ويفترض – فى هذه الحالة – وجود تواطؤ بين الضامن المباشر والمستفيد .

ويلاحظ هنا أن عبء إثبات الغش أو التواطؤ يقع على عاتق من يدعيه وهو الضامن المقابل الذى يريد التنصل من التزامه بالتغطية، إذ عليه التدليل على الطرق الاحتيالية التى استعملها المستفيد أو الضامن الأول للوصول إلى مبلغ الضمان، وهو يمكنه

---

[1] Cass. Comm. 2 – 2 – 1988, D, 1988, P. 239.

ذلك بطرق الإثبات كافة، وإذا أفلح فى ذلك كـان فـى إمكانـه الامتنـاع عن الأداء إلـى البنـك المباشر، بل ويستطيع مصدر الأمر أن يطلب من البنك الضـامن المقـابل عدم الدفـع لوجـود الغش، إذ من المعلوم أن الغش يفسد كل شىء ، وبالتالى فإنه يأتى مخالفا لمبدأ حسن النيـة الذى يحكم تنفيـذ العقـود عمومـا، والعلاقـات التجاريـة بخاصـة، وعقـد الضمـان علـى وجـه الخصوص، فقد ذكرنا فى الخصائص أن هذا العقد من عقود حسـن النيـة بـالمعنى الضيـق ، هذا، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بدائرتها التجارية على مبدأ استقلال الضمان المقابل سواء أكان ذلك فى مواجهة عقد الأساس أم بالنسبة للضمان الأول ،

فقد قضت بأن "الضمان المقابل مسـتقل عـن عقـد الأسـاس وعـن الضمـان الأول، ويلتزم الضامن المقابل بتنفيذ تعهده فى مواجهة البنك الضامن الأول وفقا للبنود الواردة فى الخطاب المرسل منه إليه"[1].

وقضى أيضا بأن "قيام مصدر الأمر بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته فى مواجهة المستفيد ليس من شأنه أن يعفى الضامن مـن التنفيذ الكـامل لتعـهده مـا دام أنـه لـم يرسـل إخطارا إلى الضامن المباشر يخبره فيه بالتخفيض اللاحق لمبلـغ الضمـان"[2] وقـد أشـارت المادة ٣٥٨ من قانون التجارة المصرى إلى أنـه "لا يجوز للبنـك (الضـامن) أن يمتنـع عـن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد" وهو مـا يعنـى استقلال الضمان عن كل من عقد الأساس وعـن العلاقـة بيـن الضـامن ومصـدر الأمـر

---

[1] Cass. Comm, 27-2-1990, D, 1990, Somm, 213 "…. La contre garantie etant indépendant du contrat de base et de la garantes de premier rang, la banque contre garantie, quelles qu`aient été les conditions dans lesquelles la banque garante de premier rang a estimé devoir exécuter l`appel de garantie du beneficaire, est tenu d`exécuter l`engagement Pris envers la banque garante de premier rang dans les termes de la lettre qu`elle a adressée à cell. Ci. ….".

[2] Paris, 2-3-1990, D, 1990, Comm, P. 209 "…. Le fait que le donneur d`ordre ait rempli une grand partie de ses obligations envers le bénéficaire n`est pas de nature a dispenser les banques contre garantes de l`execution intégrale de leur engagement, des lors que celui – ci n`est assorti d`aucune clause de réduction progressive …".

بالدفع، كما ينطبق الكلام على الضمان المقابل، بحيث يستقل عن العلاقات السابقة فضلا عن استقلاله عن علاقة الضامن بالضامن المقابل .

وإذا كان مبدأ استقلال الضمان المقابل عن الضمان المباشر قد أصبح مستقرا عليه فى الفقه[١] والقضاء، فإن مضمون هذا المبدأ ما زال غير محدد[٢] بحيث يتنازع الأمر اتجاهان، يذهب أحدهما إلى أن هذا المبدأ مطلق وتام، ويجب تطبيقه بشكل صارم لا يقبل أى خروج عليه أو استثناءات، وتترتب عليه النتائج كافة . ومنها خضوع الضمان المقابل ـ مثله مثل الضمان الأول ـ للبنود الواردة به، بحيث يظل إعمال هذا الضمان خاضعا للشروط المحددة فى خطاب التعليمات الصادر من الضامن المقابل، وعندما لا يحترم الضامن الأول هذه التعليمات . فلا يستطيع المطالبة بإعمال الضمان حتى ولو كان حسن النية، كما لا يكون لشرط التحكيم الموجود فى الضمان الأول أى أثر على عقد الضمان المقابل والعكس أيضا صحيح، كما لا يستطيع مصدر الأمر أن يستفيد من شرط التحكيم الموجود بين الضامن المقابل والضامن الأول .

وينتج أيضا عن استقلال الضمان المقابل، أن الغش أو التواطؤ فى إعمال الضمان الأول من جانب المستفيد لا يعد غشا أو تواطؤ فى المطالبة الموجهة إلى الضامن المقابل من جانب الضامن المباشر[٣] وإنما لابد من إثبات الغش فى هذه المطالبة على نحو مستقل عند قيام البنك المباشر بالدفع إلى المستفيد، فالتواطؤ فى العلاقة بين الضامن المقابل ومصدر الأمر مستقل عن ذلك الموجود فى علاقة الضامن المقابل بالضامن المباشر وكلاهما مستقل عن التواطؤ أو التدليس الذى قد يقع من المستفيد عند المطالبة بإعمال الضمان المقابل . ولابد من إثبات وجود التدليس فى كل مرحلة من هذه المراحل، ولا يستفاد ضمنا من وجوده فى مرحلة أنه متوافر فى مرحلة أخرى، لأن التواطؤ لا يفترض وإنما يتعين إثباته حيث أنه

---

(1) VASSEUR, Garantie indépendante, Rép. DALLOZ – de droit commercial, 1984, N° 53.
(2) Mohamed – HAMRA, L'independance .... Op. Cit., P. 26.
(3) Cass. Comm, 29-3-1994, D, 1995, R. 20.

خروج على الأصل العام والوضع الظاهر وأمر هذا شأنه لا يقبل معه الافتراض وإنما ينبغى أن يقوم الدليل عليه .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية محكمة الاستئناف فى رفضها الاعتراف بوجود التدليس فى المطالبة بإعمال الضمان المقابل وذلك نتيجة عجز مصدر الأمر عن إثبات التدليس المدعى بوجوده فى العلاقات بين الضامن والضامن المقابل فى إطار تعهداتهم غير المشروطة[1] .

وفى المقابل يرفض البعض هذا المفهوم الضيق لمبدأ الاستقلال وبخاصة فيما يتعلق بالتدليس أو التواطؤ إذ يميل إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للحيل التدليسية، إذ يكون من الصعب إلزام مصدر الأمر بإثباتها فى هذه المهلة القصيرة التى يتم فيها المطالبة بإعمال الضمان المقابل، فى حين أن البنك الضامن يعلم بمدى الضرر الذى سيلحق بالضامن المقابل نتيجة التدليس، على الرغم من أنه هو الذى أمده بالمساعدة والتغطية والوسائل التى تمكن المستفيد من النجاح فى سعيه نحو الحصول على مبلغ الضمان[2] .

ولذلك، فإن تقدير وجود التدليس يجب أن يتم لحظة المطالبة بإعمال الضمان المقابل من جانب الضامن المباشر، إذ من هذه اللحظة يجب أن يثبت عدم علم الضامن بوجود التدليس لا بالنسبة لمطالبة المستفيد له ولا فيما يتعلق بمطالبته هو بالضمان المقابل .

---

(1) Cass. Comm, 5-2-1985, Précit. "… Etcette mème cour justifie légalement sa decision en refusant d`admettre le caracter fraudulíux de l`appel de la contre garantie, alors que le donneur d`ordre ne rapporte pas la preuve de la fraude alléguee dans les relations entre les banques garante et contre – garante dans le cadre de leurs engagements inconditionnels.

(٢) انظر فى ذلك: د . سميحة القليوبى: أثر الغش على مبدأ الاستقلال فى خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثالث للقانونيين المصريين، بعنوان "الجوانب القانونية للعمليات المصرفية" فى ١٩ – ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢، ص ١. الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع .

ومن هذه النقطة يبدأ التفكير في أن مبدأ استقلال الضمان المقابل هو استقلال خاص وليس مطلقا، بل إن بعض الفقه ينكر أية خصوصية للضمان المقابل . سواء أكان ذلك بالنسبة لنظامه القانوني أم لدوره، ويعتبرونه نوعا من الضمان بمجرد الطلب بين بنكين[١]. وتشير بعض الأحكام إلى أن الغش الذى يفسد كل شيء هو ذلك الغش الذى يلحق المستندات المقدمة من المستفيد للحصول على مبلغ الضمان أو من الضامن الأول للحصول على التغطية، أما الغش الذى يقع على عقد الأساس ذاته سواء كان في مرحلة ابرامه أم تنفيذه، فإنه لا يبرر امتناع الضامن عن تنفيذ التزامه فى مواجهة المستفيد[٢].

وفى الحقيقة، أن الضمان المقابل يؤدى دورا مستقلا عن الأدوار الأخرى التى يؤديها الضمان الأول أو عقد الأساس، فهو يقوم بتغطية وبتأمين الضامن ضد مخاطر الائتمان وعملية الدفع التى يقوم بها لصالح المستفيد، وهو ما يسفر عنه اطمئنان فى التعامل، مما يؤدى - بدوره - إلى تشجيع المعاملات بين الأفراد المنتمين لأكثر من دولة فى الغالب مما يوسع من نطاق التجارة البينية بين الدول عن طريق مواطنيها .

ولذلك، فإن الضمان والضمان المقابل نوعان من التأمينات يعملان جنبا إلى جنب وباستقلال، بحيث يمكن إعمال أحدهما على الرغم من بطلان الثانى أو فسخه أو انهاؤه . فإذا قام الضامن المباشر بالوفاء إلى المستفيد نتيجة التعليمات الصادرة إليه من الضامن المقابل بالدفع بمجرد الطلب، فإن هذا الوفاء يرتب المسئولية الكاملة على عاتق الضامن المقابل بالتغطية، حتى ولو كانت العلاقة بين الضامن المقابل ومصدر الأمر لم يتم تنفيذها نهائيا أو تواجه صعوبات فى هذا التنفيذ. وهو ما يؤكد على الطابع الاستقلالى للضمان المقابل باعتباره تعهدا شخصيا بالتغطية فى مواجهة الضامن المباشر . وإن كان ما يحدث فى الواقع العملى هو أن الضامن المقابل قبل أن يصدر هذا التعهد يتأكد من الضمانات المالية المقدمة إليه من مصدر الأمر وكذلك الفرص القوية لتنفيذ العقد الأساسى الذى صدر الأمر

---

(1) Mohamed, HAMRA, Op. Cit., P. 28.
(2) Cass – Comm, 7-4-1987, Rev. Banque, 1987, P. 625, et Note R.L.

بالضمان بمناسبته[١] وهو ما يقلل من احتمال تعثر إعمال الضمان فى العلاقة بينه وبين عميله (مصدر الأمر) ويزيد من اطمئنانه وهو يصدر الضمان المقابل.

كنا قد أشرنا من قبل إلى أن الحالة التى يمكن فيها للضامن المقابل الامتناع عن التغطية هى تلك التى يثبت فيها الغش أو التواطؤ من جانب الضامن المباشر فى وفائه إلى المستفيد، فإننا نضيف إليها هنا الحالة التى يستطيع فيها مصدر الأمر منع إعمال الضمان من جانب الضامن المقابل، إذا أثبت مخالفة عقد الأساس للنظام العام، كما لو كان محله الاتجار فى الأسلحة بالمخالفة للاتفاقيات الدولية.

ولا شك فى أن مصدر الأمر يملك من الدعاوى ما يمكنه من وقف الضمان أو عرقلته سواء أكان ذلك من ناحية الموضوع بإثارة الأسباب التى تؤدى إلى بطلان الوفاء الذى قام به الضامن المباشر أو التدليل على مخالفة العقد للنظام العام فى الدولة التى ينتمى إليها، أم كان من ناحية الإجراءات التحفظية التى يلجأ إليها لوقف الضمان ومنها طلب الحجز التحفظى على مبلغ الضمان لدى الضامن المقابل. وطلب الحراسة القضائية على المبلغ تحت يد البنك الضامن المقابل وإن كان ذلك غير مجد أو مفيد لمصدر الأمر الذى يرغب فى استرداد مبلغ الضمان باعتباره جزءا من رأس ماله يرغب فى استثماره[٢].

وفيما يتعلق بإمكانية الحجز التحفظى على مبلغ الضمان لدى الضامن المقابل، فقد تنازع الأمر اتجاهان، يذهب أحدهما إلى إعطاء الحق لمصدر الأمر فى توقيع هذا الحجز، على اعتبار أن الأموال التى لا يجوز الحجز عليها واردة فى القانون المدنى على سبيل

---

(1) MATTOUT, (J – P) la déliverance des cautions des soumission dans les marchés internationaux , Banque, 1977, P. 417.

(2) Paris, 3-12-1984, "Lorsqu'une defense de payer, adressée à la banque francaise, contre garante, N'est pas fondée, une mesure de séqustre ne l'est pas davantage, car le résultat d'une pareille disposition est identique à l'egard du bénéficiaire de la contre garantie puisque la mise sous séquestre vise à empecher le paiement à premiere demande".

مشار إليه فى:

Mohamed – HAMRA, Op. Cit,. P. 31.

الحصر. وبالتالى لا يجب إخراج أى مال آخر من إطار هذا الحجز . وقد أشارت إلى الأموال التى تخرج عن نطاق الحجز المادة ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل أخيرا بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، تقابلها المادة ٢٠٩٢ من القانون المدنى الفرنسى[١].

بينما يرى اتجاه آخر عدم إمكانية الحجز على مبلغ الضمان على أساس أن هذا الحجز متعارض مع طبيعة الضمان المقابل ودوره، فالهدف منه هو تمكين المستفيد من الحصول على المبلغ المحدد بمجرد طلبه من الضامن المباشر، فإذا اعترفنا لمصدر الأمر بإمكانية الحجز على مبلغ الضمان تحت يد الضامن المقابل فإن ذلك سيؤدى إلى عدم فعالية هذا الضمان وإلى عرقلة إعماله، وبخاصة إذا كان ما يستند إليه مصدر الأمر فى طلبه الحجز راجعا إلى سبب يعود إلى عقد الأساس مع المستفيد أو إلى ما لمصدر الأمر من دين على عاتق المستفيد، وهنا كيف يمكن الاعتراف بالحجز الذى يطلبه مصدر الأمر على مبلغ الضمان المقابل، فى حين أن مصدر الأمر ليس له إلا دينا فى مواجهة المستفيد[٢].

ويشير الفقه إلى أن المحاكم تميل إلى احترام مبدأ استقلالية الضمان المقابل وتطبقه بشكل صارم بحيث تترتب عليه نتائجه ويتحقق من ورائه الغرض منه ألا وهو تمكين المستفيد، وبالتالى الضامن الأول، من الحصول على مبلغ الضمان المتفق عليه بمجرد الطلب، ودون الحاجة إلى إثبات أى شيء آخر، اللهم إلا تقديم المستندات والأوراق المطلوبة فى خطاب الضمان. وتكون النتيجة هى عدم السماح لمصدر الأمر بطلب الحجز على مبلغ الضمان لدى الضامن المقابل[٣]. بل إن الضامن المقابل لا يملك منع الضامن المباشر من الوفاء إلى المستفيد بعد أن أصدر إليه تعليمات بذلك، وبمجرد صدور خطاب الضمان من جانب الضامن المقابل يظل الضمان ساريا إلى مدته ولا يستطيع الضامن المقابل

---

(1) DUBISSON, Le droit de saisir les garanties bancaires emises dans les marches internationaux, J.C.P., chro, I, N°, 13813, P. 351.

(2) IBID.

(٣) وقد أشرنا من قبل إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الذى رفض حكم الاستئناف الذى أعطى الحق للقاضى المستعجل فى الأمر بالحجز التحفظى على مبلغ الضمان المقابل:

Cass. Comm., 5-5-1988, D, 1988, P. 430.

الرجوع فيه أو التنصل منه وإن كان يملك تخفيضه، كما يستطيع عدم التغطية ـ كما أشرنا ـ فى حالة إثباته للغش أو التدليس أو التواطؤ الذى وقع فى مطالبة المستفيد بمبلغ الضمان .

ومن ضمن التطبيقات القضائية لوجود الغش فى إعمال الضمان المقابل، ما قضى به من على الضامن التأكد من أن مصدر الأمر كان مدينا، بمعنى أن على المستفيد إثبات الدين المحقق والمستحق للمدين، وإذا لم يفعل فإن مطالبته بالضمان تكون متعسفة، وكان يتعين على الضامن الأول التحقق من عدم الوفاء إلى المستفيد، قبل دفع مبلغ الضمان إليه[1] إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم بحجة أنه كان يتعين على المحكمة البحث فيما إذا كانت التعليمات الصادرة من الضامن المقابل إلى الضامن المباشر تتضمن بندا يلزم هذا الأخير بالتحقق من وجود الدين وأنه مستحق الدفع[2] وبذلك تكون المحكمة قد أكدت المبدأ الذى نتحدث عنه وهو الاستقلال كما أشارت إلى الخاصية التى ذكرناها من قبل وهى خضوع الضمان المقابل لبنوده ومصطلحاته . وقد أعيد الأمر مرة ثانية إلى محكمة الاستئناف التى فصلت فيه بالبحث فى مدى اعتباره ضمانا مستقلا أو كفالة .

والنتيجة الأساسية المترتبة على استقلال الضمان المقابل عن كل من عقد الأساس أو الضمان الأول (المباشر) تكمن إما فى خضوع كل من هذه العلاقات لقانون البلد التى نشأت فيه وإما أن قانونا واحدا يحكمها جميعا . يلاحظ فى البداية أن الأطراف فى عقد الضمان المقابل لهم الحرية فى تحديد القانون الذى يحكمه، إذ قد يتفقان على أن قانون البلد الذى ينتمى إليه الضامن المقابل هو الذى يتم اللجوء إليه لإعمال الضامن المقابل، ويحكم كل ما ينشأ عنه من خلافات أو مشاكل، كما قد يتفقان على أن قانون البلد المحلى الذى يوجد فيه الضامن الأول هو الذى ينطبق، وتكون قواعده وأحكامه هى التى يجب الاحتكام إليها فى حالة الاختلاف، وقد رأينا نموذجا لذلك من قبل فى النزاع الذى ثار بين البنك الفرنسى

---

(1) Cou. D`app. Paris, 3-4-2002, D, 2002, J, p, 1750, “En appelant la contregarantie sans s`assurer que le donneur d`ordre etait débiteur, le garant de premier rang, engege dans les termes d`un cautionnement commet une faute engageant sa responsabilité à l`egard du donneur d`ordre qui a du rembourser le contregarant.

(2) Obs. V aleria Avena – Robardet, Sous – arrêt. Preced, P. 1751.

(الضامن المقابل) والبنك السوري (الضامن الأول) فقد ورد فى الخطاب الصادر من البنك الفرنسى أن إعمال الضمان والوفاء للمستفيد يتم وفقا للقوانين واللوائح السورية .

وفى الحالات التى تحدد فيها إرادة الطرفين القانون الواجب التطبيق، قد يسفر الأمر عن قانون واحد هو الذى ينطبق، كما قد نجد أكثر من قانون واجب التطبيق . بمعنى أنه إذا كان الأطراف فى عقد الأساس قد حددوا قانون رب العمل أو المشترى (المستفيد فى عقد الضمان المقابل) على أنه القانون الذى يحكم هذا العقد، ثم اتفق مصدر الأمر مع الضامن على الضمان وفقا لقانونهما باعتبارهما ينتميان إلى دولة واحدة . ثم يصدر الضامن المقابل خطابه بالضمان إلى الضامن الأول ويشير فيه إلى أن إعمال الضمان المقابل، يتم وفقا لقانون الدولة التى يوجد فيها الضامن الأول (المحلى) المستفيد، فهنا نجد أكثر من قانون يكون واجب التطبيق على العلاقات الناشئة عن الضمان المقابل . إذ يوجد قانون يحكم العلاقة بين مصدر الأمر والضامن، ويوجد آخر تخضع له العلاقة بين الآمر والمستفيد (عقد الأساس) ويوجد ثالث ينطبق على العلاقة بين الضامن المقابل والضامن الأول .

وقد يسفر الاتفاق بين الأطراف عن أن هناك قانونا واحدا يكون هو الواجب التطبيق، كما لو اتفق الطرفان فى عقد الأساس على أن قانون المقاول أو البائع (مصدر الأمر بالضمان)، هو الذى يحكم هذا العقد. كما أن هذا القانون يحكم العلاقة بين مصدر الأمر والضامن المقابل، إذ أنهما ينتميان فى الغالب إلى بلد واحد، وفى الوقت ذاته، يتفق الضامن المقابل مع الضامن الأول (المحلى) على أن قانون البلد الذى ينتمى إليه الضامن المقابل، هو القانون الواجب التطبيق، أى أن الضامن يقوم بالوفاء بمبلغ الضمان إلى المستفيد طبقا لقانون بلد الضامن المقابل . هنا، نجد قانونا واحدا يحكم العلاقات الناشئة عن الضمان المقابل، ألا وهو قانون مصدر الأمر (المدين فى عقد الضمان المقابل) .

ومما يرتبط بحرية الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان المقابل، قدرتهم أيضا على تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عنه . وغالبا ما يتضمن العقد بندا تحكيميا يتفق فيه الأطراف على المحكمين وعلى كيفية تنفيذ الحكم الصادر

عنهم، وقد يكون هذا الاختصاص لمحاكم بلد الضامن (المحلى) ٠ وهنا أيضا قد نجد قضاء مختصا بمنازعات عقد الأساس يختلف عن القضاء الذى ينظر دعاوى عقد الضمان المقابل، كما قد يطبق القضاء المختص قانون دولة أخرى هو المرشح لحكم النزاع وفقا للاتفاق ٠ مع ملاحظة أن من حق المحاكم المختصة بنظر النزاع الامتناع عن تطبيق القانون الواجب التطبيق، إذا كان مخالفا للنظام العام فى البلد الذى توجد فيه المحاكم ٠ وهذا ما يطلق عليه بالدفع بالنظام العام[١]، وهو ما قد يظهر فى الضمان المقابل، عندما يقوم بتغطية مخاطر عمليات التهريب أو الاتجار فى الأسلحة ، قد تكون مشروعة وفقا لقانون مصدر الأمر إلا أنها غير ذلك وفقا لقانون المستفيد الذى تختص محاكمه بنظر النزاع٠

هذا كله فيما يتعلق بوجود اتفاق بين الأطراف، يحدد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان والمحاكم المختصة بنظر الدعاوى، أما عند غياب هذا الاتفاق، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد الموجودة فى القانون الدولى الخاص ولكن قبل ذلك نشير إلى الحل الذى نظمته القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية المتعلقة بالضمانات بمجرد الطلب٠

فقد نصت المادة ٢٧ منها على أنه "فيما عدا وجود اتفاق مخالف، فإن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون البلد الذى يوجد فيه الضامن أو الضامن المقابل، وإذا كان لكل من الضامن والضامن المقابل أكثر من إقامة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذى صدر فيه الضمان أو الضمان المقابل"[٢].

وفيما يختص بالمحاكم المختصة أشارت المادة ٢٨ من هذه القواعد إلى أنه "فيما عدا الاتفاق المخالف، فإن كل منازعة بين الضامن المستفيد أو الضامن المقابل فيما يتعلق بالضمان المقابل، سيختص بنظرها محاكم البلد الذى يقيم فيه الضامن أو الضامن المقابل،

---

[١] انظر: د٠ هشام على صادق: تنازع القوانين، منشأة المعارف، ١٩٩٣، ص ٢٩٧ وما بعدها٠

[2] Art, 27 , "sauf si la garantie ou la contre garantie en dispose autrement, la loi applicable sera celle du lieu d`etablissement du Garant ou du contregarant (Selon le Cas) ou bien, si le Garant ou le contregarant a plus d`un etablissement celle qui s`applique à la succursale qui a emis la Garantie ou la contregarantie".

وإذا كان لكل من الضامن أو الضامن المقابل أكثر من محل إقامة فإن الاختصاص يكون للمحكمة الموجودة فى البلد الذى صدر فيه الضمان أو الضمان المقابل"[١].

أما عن أحكام القانون الدولى الخاص، فقد نصت المادة ١/١٩ من التقنين المدنى على أن "يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه"[٢].

وواضح على هذا النص أنه من القواعد المكملة فى القانون المدنى، ولذلك، فإن الأصل فى تحديد القانون الذى يحكم العقد، هو ذلك القانون الذى يتفق عليه الأطراف المتعاقدة، وغالبا ما يسفر الاتفاق عن تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الطرف القوى فى العلاقة العقدية، فإن لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف أو لم يظهر من ظروف التعاقد أن هناك قانونا معينا هو الواجب التطبيق، فإن النص قد وضع حلولا بديلة للاتفاق ؛ وهى إما القانون المشترك للمتعاقدين، وذلك فى حالة اتحادهم فى موطن واحد، فيكون قانون هذا الموطن هو الواجب التطبيق حتى ولو اختلفت جنسيات المتعاقدين، أما إذا اختلف موطن المتعاقدين، فإن قانون إبرام العقد هو الذى ينطبق، أى قانون الدولة التى تم فيها العقد[٣].

---

(١) Art, 28, "Sauf stipulation contraire dans la Gararatie ou la contre garantie tout litege entre le Garant et le bénéficiaire au sujet de la garantie ou entre le contregarant et le Garant relatif à la Contre garentie sera réglé exclusivement par le tribunal competent du pays de l'etablessement du Garant ou du contregarante (selon le Cas) ou, si le Garant ou le contregarant a plus d'un etablessement, par le tribunal competent du pays de la succursale qui a emis la Garantie ou la contregarantie.

(٢) ومن المعلوم أن هذه الأحكام تسرى فقط على العقد الدولى وهو العقد الذى يتضمن عنصرا أجنبيا سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه، أو بأطرافه، كما لو كان هؤلاء أو أحدهما من الأجانب أو من الوطنيين المقيمين فى الخارج.
انظر فى ذلك: د. هشام على صادق: تنازع القوانين، منشأة المعارف، ١٩٩٣، ص ٦٤٥؛ د. أحمد عبد الكريم سلامه: قانون العقد الدولى، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ٢٠٠١، ص ٢٥٨.

(٣) انظر فى ذلك تفصيلا: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٩٥ وما بعدها.

وبتطبيق ذلك على عقد الضمان المقابل. نجد أن الحالات الغالبة له تظهر اختلاف موطن المتعاقدين، بل إن فلسفته تقوم على توفير الضمان للمستفيد فى دولته ولدى ضامن محلى يختلف عن الضامن المقابل ولذلك، يمكن الأخذ بقانون الدولة التى تم فيها العقد أو أبرم، وهى ـ غالبا ـ ما تكون دولة الضامن المباشر والمستفيد إذ يتلقى الضامن خطاب الضمان المقابل وفى حالة قبوله لما ورد به من بنود ينعقد العقد دون حاجة إلى أى إجراء أو فعل آخر يصدر عن الضامن المقابل. فكأن العقد يتم إبرامه منذ لحظة إعلان الضامن المحلى قبوله للعقد.

ولعله من الأفضل أن يتم تطبيق قانون الدولة التى يوجد فيها مقر أو مكان إقامة الضامن المقابل، وفقا لما أخذت به غرفة التجارة العالمية. إذ أنه القانون الأكثر ملائمة، والذى يتم تحديد بنود العقد وكيفية إعماله وطريقة انتهائه وفقا له، كما يتجه القضاء إلى تطبيق قانون البلد الذى ينتمى إليه الملتزم بالضمان. وليس المستفيد منه، ولذلك فإن قانون دولة الضامن المقابل يكون هو الأولى بالتطبيق. قضت فى ذلك محكمة استئناف باريس "أن الضمان المقابل هو عبارة عن ائتمان يجب أن ينطبق عليه قانون البنك الذى يصدره وهو الضامن المقابل[١] ويجئ تطبيق القانون الفرنسى (قانون بلد الضامن القابل) نتيجه أيضا لرفع الدعوى أمام القضاء الفرنسى[٢] كما يتم حساب نسبة الفوائد المستحقة وفقا للقانون الفرنسى التى يبدأ سريانها من مطالبة الضامن القابل بالتغطية من قبل الضامن المباشر[٣].

---

(1) Cour – d'app. Paris, 28-6-1989, D, Somm, P. 212 "la contregarantie souscrite s'analysant en une convention de crédit à laquelle s'applique la loi de la banque consentant le Crédit, c'est – à – dire la banque contregarante, le caractere de l'autonomie de cet engagement par rapport aux autres garanties rend important l'argumentation de la banque garante de premier rang, Fondée sur la nécessité d'une harmonisation avec la législation etrangere régissant les autres garantis.

(2) "En partant le litige davant la juridiction francaise, la banque contregarante entend se soumettre à la loi francaise, seule applicable devant les tribunaux Francais.

(3) "En conséquence, l'interet au taux legal francais est applicable et doit etre calculé à partir de l'appel de la contregarantée valant mise en demeure".

أما عن النصوص الموجودة فى قانون المرافعات المصرى والمتعلقة بالاختصاص القضائى بالمنازعات التى تدخل ضمن القانون الدولى الخاص، فإننا نجد المادة ٢٨ منه تنص على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج". كما تنص المادة ٢٩ على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما ....." وتنص المادة ٣٠ على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية:

١ - إذا كان له فى الجمهورية موطن مختار.

٢ - إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها".

## المبحث الثانى

## التمييز بين الضمان المقابل والأنظمة الأخرى

رأينا كيف يستقل الضمان المقابل استقلالا تاما سواء أكان ذلك عن العقد الأساسى أم عن الضمان الأول وهو ما يؤدى إلى انفراد عقد الضمان المقابل بعدة خصائص تميزه عن غيره من الأنظمة التى يمكن أن تثار فى هذا المجال. ومن هذه الأنظمة الكفالة والوكالة.

## المطلب الأول

## التمييز بين الكفالة وعقد الضمان المقابل

تعرف المادة ٧٧٢ مدنى الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" والكفالة بذلك هى ضمان تبعى وتأمين احتياطى، يقوم فيها شخص بالتعهد للدائن بالوفاء له بالالتزام الذى يقع على عاتق المدين، إذ لم يقم هذا الأخير بأدائه . ويلاحظ أن الكفالة ليس بشرط أن تكون فى الالتزامات المالية، وإنما يمكن أن توجد فى غير ذلك من الالتزام، كما لو كان التزاما بأداء عمل . وتقوم الكفالة بالدور الذى تقوم به التأمينات العينية . فكلاهما يهدف إلى تزويد الدائن بضمان خاص يركن إليه وعليه يعتمد فى قيام المدين بالوفاء بالالتزام . هذا، بجانب الضمان العام الذى يتمتع به كل دائن على أموال المدين . ومعنى أن الكفالة ضمان تبعى، أى أن دورها لا يبدأ إلا حيث ينتهى دور المدين أو يتخلف، بحيث لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل بأداء الالتزام أولا . وإنما عليه أن يتجه بالمطالبة إلى المدين ويستنفذ معه كل الطرق، حتى إذا استيأس من المدين خلص إلى الكفيل .

وعلى ذلك، فإنه إذا كان للمدين أموال تشكل ضمانا عاما تكفى للوفاء بجميع ما عليه من التزامات، أو إذا أخذ الدائن تأمينا خاصا على أحد أموال المدين (كالرهن بنوعيه، والاختصاص) أو إذا كان الدين ممتازا، فليس للدائن أن يتخطى ذلك كله ويتجه إلى مطالبة الكفيل بتنفيذ الالتزام . ومن هنا جاء الدفع بالتجريد ومعناه أن من حق الكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن بعدم الأداء إلا إذا قام أولا بمطالبة المدين بالتنفيذ، فإن تخلف أو عجزت قدرته عن الوفاء، جاء دور الكفيل، وتعبر عن ذلك مواد القانون المدنى ومنها المادة ٧٨٢ التى تقول "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين"، وتنص المادة ٧٨٤ على أن "تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من

الضمانات. ٢ – ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

والمادة ٧٨٨ تنص على أن "١ – لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ٢ – ولا يجوز له أن ينفذ عل أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

والآن، وبالاعتماد فقط على هذه الصفة للكفالة وهى التبعية للالتزام المضمون والطابع الاحتياطى لها، يمكن التمييز بينها وبين الضمان المقابل. إذ – كما رأينا – أن هذا الضمان يعمل مستقلا عن غيره من العلاقات التى يمكن أن تنشأ فى هذا الإطار. فهو عبارة عن تعهد صادر عن الضامن المقابل يلتزم بمقتضاه بالتغطية ولا يتوقف أداء الضامن المقابل بتعهده على تنفيذ أى التزام آخر، بمعنى أنه لا يجوز للضامن أن يمتنع عن أداء مبلغ الضمان إلا بعد أن يقوم المستفيد بتنفيذ عقد الأساس أو أن يقوم مصدر الأمر بدفع الضمان أو تقديم ضمان آخر. فليس للضامن أن يعلق تنفيذ تعهده على أداء أى التزام آخر من جانب أى شخص آخر، وإنما هو يلتزم بالوفاء بمجرد الطلب، إذا تظهر مهمة مبدأ استقلال الضمان المقابل فى التمييز بينه وبين الكفالة. فالضامن المقابل يجب عليه أن يدفع ليس سدادا لدين الآخرين وإنما وفاء لتعهده الخاص، ومن هنا جاء الالتزام بالدفع مستقلا عن سوء أو حسن تنفيذ عقد الأساس، وبعيدا عن الاعتراضات التى يمكن أن يثيرها مصدر الأمر أو البنود التى يتخلص بمؤداها الضامن من تعهده.

وعلى ذلك، فإذا كانت الكفالة والضمان المقابل نوعان من التأمينات الشخصية قد يتشابهان فى بعض الأمور ومنها ثبوت كل منهما بالكتابة، ولا يقومان إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، فإنهما يختلفان فى نقاط أخرى أهمها استقلال الضمان عن الالتزام الذى نشأ بسببه سواء أكان عقد الأساس أو الضمان الأول. وصعوبة التمسك بالاستثناءات الموجودة فى عقد الأساس ولا بما يتضمنه من بنود على النحو الذى رأيناه. ونظرا لهذه النتيجة الخطيرة المترتبة على الضمان المقابل، فإن مسألة التكييف هنا تأخذ دورا مهما. إذ

ينبغى على القاضى الوصول إلى التكييف السليم للتعهد محل المنازعة، والوقوف على ما إذا كان يشكل كفالة أم ضمانا بمجرد الطلب. وذلك لاختلاف الأحكام التى يخضع لها كل نوع. ويقوم القاضى بمهمة التكييف بسلطة تقديرية ولكن تحت رقابة محكمة النقض للتأكد من أن تكييفه قد جاء مطابقا للواقع فى معطياته وللقانون فى أسبابه.

ويمكن القول – بصفة عامة – أن القضاء يميل إلى تكييف التأمين على أنه ضمان خاص، كلما وجدت إشارة فيه إلى التزام الضامن بالدفع بمجرد الطلب. وعند غياب هذا البند وتلك الإشارة فإن الميل يكون إلى أن الأمر متعلق بكفالة[1]. وقد جرى العمل على أن يتضمن خطاب الضمان المقابل عبارات تدل على استقلاليته وتمييزه عن الكفالة، ومنها "الدفع بدون حق الاعتراض من جانب الضامن المقابل، بمجرد أن يقدم له الضامن خطابا يفيد أنه قام بالوفاء إلى المستفيد"[2].

ويلاحظ أن مشكلة التكييف بين الكفالة والضمان المقابل قد بدأت من قبل ذلك، منذ أن اعترفت محكمة النقض الفرنسية بالضمان المستقل بمجرد الطلب فى عام ١٩٨٢[3].

وهذا التمييز بين الكفالة والضمان المقابل يؤدى إلى حرمان الضامن المقابل من التمسك بالتحفظات أو الاستثناءات الواردة فى عقد الأساس للامتناع عن تغطية الضمان، ولذلك، فإن عدم قيام المستفيد من الضمان بمطالبة الدائن الأصلى (مصدر الأمر) أو عدم

---

(1) Cass – Comm, 28-1-1992, D, 1992, In. Rap. 234 et, Tr. Comm lyon, 27-6-1989, D, 1990, Somm. P. 206. "Une garantie de bonne execution qui n'utlise pas le terme "à premiére demande" et ne précise Pas que le gerant peut différer le paiement, n'est pas à premiere demonde et constitue un cautionnement".

(2) Paris, 28—6-1989, D, 1990, romm, P. 212 , "une banque contre garant contracte une garantie autonome et non un caution nement solidiare des lors qu'elle s'engage envers une banque garante de premier rang, irrécovablement à payer le montant de la present garantie à votre premiere demande, sur la base d'une semple lettre attestant qu'il a été lait appel à votre garantie".

(3) Jean l'homme, Garantie à premiere demande un critére clair à l'attention des praticiens, D, 2000, Droit des affaires, 111.

دخوله فى الإجراءات الجماعية التى اتخذت ضده، لا يمنعه من مطالبة الضامن بدفع مبلغ الضمان ولا يمنع الضامن أيضا من الرجوع على الضامن المقابل لاسترداد ما قام بدفعه إلى المستفيد، وذلك بمجرد الطلب[١]. بينما يعفى الكفيل من التغطية فى حالة عدم قيام الدائن بمطالبة المكفول بالدين[٢].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتمتع الضمان باستقلاله عن عقد الأساس وتميزه عن الكفالة، على الرغم من وجود بنود فى خطاب الضمان تتطلب الرجوع إلى عقد الأساس فيما يتعلق ببعض مسائل إعمال الضمان، وقالت المحكمة أن مثل هذه الضمانات المستقلة لا ينتفى عنها طابع الاستقلالية بمجرد وجود إحالات فيها إلى عقد الأساس[٣]. لذلك فإن الإشارة فى عقد الضمان إلى الرجوع إلى عقد الأساس لا تؤدى إلى تكييفه بأنه كفالة[٤].

وتجدر الإشارة هنا إلى ما ورد باتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، حيث عرفت المادة ٦ (تعاريف) فيها الكفالة المقابلة بأنها تعهد مقدم إلى كفيل / مصدر لتعهد آخر من طرف الآمر وينص على السداد لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأى من شروطه

---

(1) Cass – Comm, 16-3-1999, JCP, ed. E, 1999, N° 24, P. 1055. Obs. LEGEAIS.

(2) Cass – Comm, 17-7-1990,. D, 1990, Jur, P. 494.

(3) Cass – Comm, 18-5-1999, JCP, 1999, 11, N° 10799, Obs stoufflet D, 2000, Ju, Comm, P, 112 "..... et que leur etendue, Fixée au moment de leur conclusions, etait independante, dans son exécution, d'eventuelles défaillances du debiteur, alors que de telles garanties ne sont pas privées d'antonomie par de simples références au contrat de base, n'impliquant pas appréciation des modalites d'exécution de celui – Ci pour l'evalution des montants garantis, ou pour la determination des durée de validité.
وقد أشارت إلى ذلك المادة الثانية /٢ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة العالمية، إذ بعد أن نصت على استقلال التعهد الصادر عن الضامن (الضامن المقابل) عن عقود الأساس، قالت:
"....... Meme si la garantie Y fait référence ...."

(4) PICOD (Y.) Une simple référence au contrat de base ne suffit pas à justifier la requalification d'une garantie à premiére demande en cautionnement, D, 2000, P. 114.

المستندية. تفيد أو يستدل منها. أن الشخص المصدر للتعهد الآمر قد طولب، أو قام، بالسداد بموجب ذلك التعهد الآخر"، كما عرفت الكفيل المقابل بأنه "يعنى الشخص المصدر للكفالة المقابلة: ويلاحظ أن هذا التعريف ينطبق بالدرجة الأولى على الكفالة، حتى ولو كانت تجارية، إذ فى ظلها يتعين أن تكون هناك مطالبة للمدين (من صدرت لصالحه الكفالة) وعدم قدرته على السداد، قبل مطالبة الكفيل أو المتعهد • وهو ما يثور الشك حول وجوده بالنسبة للضمان المقابل الذى يتميز باستقلاليته عن كل من الضمان الأول وعقد الأساس •

## المطلب الثانى

## الضمان المقابل والوكالة

إذا كنا قد انتهينا من قبل إلى أن مبدأ استقلال الضمان المقابل عن كل من عقد الأساس وعن الضمان الأول بمجرد الطلب، يؤدى إلى الابتعاد عن تكييف هذا الضمان بأنه كفالة، فإن ما يثار هنا يتعلق بمدى اعتبار الضمان المقابل وكالة تقوم بين الضامن المقابل والضامن الأول (المباشر) •

تعرف الوكالة ـ فى المادة ٦٩٩ مدنى بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل" • وتشير إلى التعريف نفسه المادة ١٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، إذ عرفت الوكالة بالعمولة بأنها "عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل" • فالوكالة تنصب ـ أساسا ـ على القيام بتصرف قانونى وليس أداء عمل مادى، وإذا قام الوكيل بمثل هذا العمل فإنه يعد عملا ثانويا أو تابعا للعمل القانونى • فالوكالة تعنى إنابة اتفاقية بين الوكيل والموكل بما يستلزمه من تمثيل الأول للثانى ولا يكون ذلك إلا فى الأعمال القانونية •

وإذا كان الضامن المباشر يقوم بعمل قانونى لحساب الضامن المقابل ألا وهو أداء مبلغ الضمان إلى المستفيد بمجرد الطلب، فهل يمكن اعتبار الأول وكيلا عن الثانى؟ مما لا

شك فيه أن دفع المبلغ يعد تصرفا قانونيا لأنه يؤدى إلى تبرئة ذمة الضامن (مصدر الأمر) من الدين الذى عليه للمستفيد ، ولكن هذا لا يقودنا إلى القول بأن ما يقوم به الضامن الأول هو بمثابة وكالة عن الضامن المقابل، أو عن الآمر حتى ولو نظر البعض إلى هذه الوكالة على أنها وكالة بدون تمثيل وبخاصة فيما يتعلق بعلاقة مصدر الأمر بالضامن[1]، ولذلك، فإن إثارة تكييف الوكالة كان عند الحديث عن علاقة الضامن المقابل بالآمر أكثر من إثارتها فى علاقة الضامن المقابل بالضامن المباشر (المحلى)، ولكن أيا كان الأمر، فإن من الصعب الحديث عن وكالة فى أى من علاقات الضمان المقابل وذلك لوجود اختلافات جوهرية بين الوكالة والضمان المقابل، لعله يأتى فى مقدمتها أن الوكالة فى الأصل تبرعية حسبما أشارت إليه المادة ٧٠٩ مدنى بقولها "الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل" بينما الضمان المقابل هو فى جميع الأحوال بمقابل أيا كانت صورته. أى حتى لو كانت المصلحة التى يحققها الضامن المقابل من ورائه هى مصلحة أدبية ليست مادية فالمهم هو وجود المقابل، وإن كان هذا الاختلاف يمكن أن يتلاشى فى الحالات التى تكون فيها الوكالة بأجر وهى الحالات الغالبة فى الوقت الحاضر .

والاختلاف الثانى، يكمن فى أنه إذا كان الضامن المباشر يقوم بالدفع إلى المستفيد وفقا للتعليمات الصادرة إليه من الضامن المقابل، وهو ما قد يقارب بين الضمان والوكالة، إذ أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، إلا أن الضامن المقابل ليس فى إمكانه إنهاء الضمان فى أى وقت، بل هو ملزم بالتغطية بمجرد وصول خطاب الضمان إلى الضامن المحلى، وقبوله إياه، ولذلك، فإن الضامن يقوم بالوفاء ويرجع على الضامن المقابل بما أداه طالما أن الوفاء قد جاء مطابقا للتعليمات الصادرة إليه وفى المدة المحددة لإعمال الضمان، ولا يستطيع الضامن المقابل التنصل من تعهده بالتغطية بحجة أنه قد رجع فى تعهده ولو وجد اتفاق يخالف ذلك (مادة ٧١٥)، مع ملاحظة ما جاء بالفقرة الثانية من المادة التى نصت على أنه "إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح

[1] VASSEUR, garantie undépendante, Rép – DALLOZ de droit Commercial, 1984, N° 53.

اجنبى فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه" .

وفى المقابل لا يجوز للضامن المباشر أن يمتنع عن تنفيذ الضمان لصالح المستفيد طالما أنه قبل ذلك، وذلك على خلاف الوكالة، إذ يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل، وربما يرجع عدم جواز تنازل الضامن عن إعمال الضمان إلى ثبوت حق المستفيد فى الوفاء باعتبار أن هناك اشتراطا لمصلحته قد تم من قبل الضامن المقابل، وبالتالى، فلا يجوز للضامن المباشر حرمان المستفيد من هذا الحق وذلك بتنازله عن الضمان .

## المطلب الثالث

## الضمان المقابل عقد غير مسمى

العقد غير المسمى هو تلك الرابطة التى لم ينظمها المشرع بشكل خاص وليس لها اسم محدد فى القانون . وتخضع هذه الرابطة للقواعد القانونية العامة وأيضا للأحكام المنظمة للعقود بصفة عامة . ولا يدل عدم تنظيم المشرع لهذه الروابط على قلة أهميتها فى نظره أو انعدامها . بل إن هناك من هذه الروابط ما تزيد فى انتشارها فى التعامل، وكذا فى أهميتها عن بعض الروابط المسماة، أو تلك التى نظمها المشرع وأعطى لها اسما معينا، فالعلاقة بين المحامى وعميله أو بين الطبيب ومريضه، أو بين الفندق ونزيله، والعقد الذى بموجبه تتعهد دار نشر بطبع كتاب لمؤلف ونشره وبيعه فى مقابل نصيب من أرباحه، والعقد الذى تبرمه إدارة المسرح أو السينما لتمكين روادها من مشاهدة المسرحية أو الفيلم، والعقد الذى يضع بمقتضاه أحد المستشفيات عددا من الأسرة تحت تصرف كلية الطب لتمكينها من تدريب الطلبة على العمليات والأبحاث العلمية . فهذه العقود وغيرها من العلاقات، لا ينكر أحد مدى سعة انتشارها وقوة تأثيرها فى العلاقات بين الأفراد .

وقد يرجع السبب فى عدم تنظيم المشرع لهذه العلاقات إلى عجز المشرع ـ أى مشرع ـ عن التنبؤ بجميع العلاقات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ليتطرق إلى تنظيمها وتسميتها، فنظم ما كان مشهورا منها ومنتشرا بين الأفراد وقت وضع التنظيم، كما قد يكمن السبب فى عدم رغبة المشرع فى إخضاع علاقات معينة ـ وهى غير المسماة ـ لقواعد محددة، وإنما أراد تركها للقواعد العامة سواء القانونية أو العقدية ٠

ويلاحظ ـ من جانب آخر ـ أن فكرة العقد غير المسمى ما هى إلا وسيلة للهروب من تكييف أى عقد عندما يصعب تكييفه أو وضعه تحت إطار قانونى محدد، فهى فكرة تؤدى إلى تجنب المشكلة أو تلافيها أكثر من حلها ٠

ويلجأ القضاة فى العلاقات التى يصعب توصيفها أو وضعها تحت إطار قانونى أو نمط تنظيمى مسمى إلى تكييفها بأنها عقد غير مسمى ٠ ولا تخفى الفائدة التى تعود من وراء اللجوء إلى هذه الفكرة: كأداة لتقويم الرابطة العقدية التى تبدو خالية من أى فعالية أو تأثير، بهدف إعادة إلزامها بالنسبة للأطراف على الأقل[1]٠

وقد ظهرت فكرة العقد غير المسمى بالنسبة للضمان عموما عندما تعرض القضاء لدعوى بطلان عقد الأساس، حاول فيها البنك (الضامن) التهرب من تعهده بحجة أنه لم يلتزم فى العقد إلا بصفته كفيلا، ومن المعلوم أنه لا يجوز الرجوع على الكفيل أولا، بل لابد من الرجوع على المدين، فإذا وفى هذا الأخير برأت ذمة الكفيل، وإلا كان مسئولا فى مواجهة الدائن عن الدين الذى كفله، وفى هذه الحالة له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ٠

وقد استبعدت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حجة البنك بالتأكيد على أن التصرف الذى تعهد بناء عليه بالدفع لدى الطلب الأول لا يكون كفالة وإنما يشكل ضمانا

---

[1] GRILLET – PoNTon, Essai sur le contrat innomé, thése, Lyon, 1982, N° 252.

مستقلا، وهو ما يمنع الضامن من التمسك بالأعذار التى يمكن للمدين الأصلى إثارتها[١]. فالإقرار هنا بخصوصية هذا الضمان بالمقارنة بالعقد المسمى وهو الكفالة، يعد مؤشرا من القضاء الفرنسى بإمكانية اللجوء إلى فكرة العقد غير المسمى بالنسبة للضمان المقابل وبخاصة إذا كان مهددا بالبطلان إذا ظل تحت مسمى اتفاقى، وذلك من خلال التأكيد على فعالية هذا الضمان المستقل تحت إطار العقد غير المسمى. وقد أكدت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية على وجود هذا الضمان المستقل فى حكم حديث لها أيدت فيه محكمة الموضوع فيما ذهبت إليه من إعادة تكييف الشرط الوارد بالعقد على أنه يشكل تعهدا بالوفاء بالدين مستقلا عن التزام المدين الأصلى واستبعدت بذلك تكييف الكفالة الذى تمسك به المدعى[٢].

وبذلك، يتضح أن عقد الضمان المقابل هو رابطة تتأبى على الخضوع الكامل لأحكام أى عقد مسمى، وإنما هو رابطة حائرة بين أحكام مختلفة ومتناثرة بين القانون المدنى والقانون التجارى، فهذا العقد يخضع أولا لبنوده وبما تضمنه من اشتراطات وأحكام، كما تنطبق عليه - مثله فى ذلك مثل أية رابطة غير مسماة - القواعد العامة الموجودة بالقانون المدنى وبخاصة تلك المتعلقة بالعقود.

---

(1) Cass – Comm, 20-12-1982, D, 1983, P, 365 et note Vasseur "Restituant à l'engagement de la banque son véritable Fondement, Une cour d'appel qui releve qu'une banque s'est engagée enver à Une société a la payer" à premiere demande" decide à bon droit que cet engagement ne constituant pas un cautionnement, mais une garantie autonome, ce que interdisait à la banque de se prevaloir des exceptions que son client donner d'ordre pouvait opposer à ladite société avec laquelle celui – ci avait passé contrat et tenant à l'inexécution du contrat les unissant".

(2) Cass – Cir., `7-11-1999, D, 2000, Act, 47 "L'acte litigieux stipulant que l'engagement signé par le debiteur etait donné avec solidarité, C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interpretation qu' une cour d'appelretient que cet engagment constituiait, non pas un cautionnement solidaire, mais un engagement de codébiteur solidaire non interessé à la dette, prévu à l'art 1216 C.Ci.

وبسبب تميز عقود الضمان المستقل بمجرد الطلب ومن بينها عقد الضمان المقابل، فإن هناك بعض الأحكام رفض الاعتراف بمثل هذه العقود وذلك مع اختلاف فى الحجج التى تساق لهذا الغرض. فهناك من رفضها لما تودى إليه من اختلال التوازن بين الأطراف (أى بين الدائن والمدين) إذ أنها تمنح الدائن مزايا على حساب المدين، وبذلك فهى عقود تقضى على التعادل بين الأطراف(١) ومنها من اعترض عليها وذلك بسبب صعوبة تحديد محلها(٢).

---

(1) Paris, 5-2-1992, D, 1993, Somm, P, 107 "Silagarantie autonome, Plus spécialement utlisée dans les rapports internationaux, peut intervienir dans les relations contractuelles de droit interne, il n'est pas equitable qu'elle se generalise en roison de la rupture d'equlbre sopérant à l'avantage du rupture, principalement losque le débiteur n'est pas un organisme de credit ...".

(2) Cou – d'app. COLMAR, 22-2-1994, JCP, 1994, 1, 3765, N°, 12, obs. CIMLER et DELEBEQUE.

# الفصل الثالث

## إبرام عقد الضمان المقابل وإنهاؤه

عقد الضمان المقابل، كأى عقد، يحتاج - لإبرامه - إلى تلاقى إرادات أطرافه، بما يستلزمه هذا التلاقى من ضرورة صحة الإرادة وخلوها من العيوب وإدراكها لما تقدم إليه، سواء أكان ذلك بالنسبة للضامن المقابل أم للضامن المباشر (المحلى) • كما يتعين أن تتوافر فى هذا العقد تلك الشروط المطلوبة لصحة أى عقد ومشروعيته من حيث السبب والمحل، ولعل مشروعية المحل تحتل مكانة مهمة فيما يتعلق بعقد الضمان المقابل نظرا لغلبة الطابع الدولى على هذا العقد، وما يرتبه ذلك من اختلاف فى وجهات نظر الدول ومواقف قوانينها بالنسبة لما يعد مشروعا أو غير مشروع من المحل الذى يرد عليه العقد • فما يعد ممنوعا من أن يكون محلا للعقد فى دولة ما لتعارضه مع النظام العام الموجود بها، قد لا يكون كذلك فى دولة أخرى لا يرى نظامها عدم مشروعية مثل ذلك المحل •

وإذا كان عقد الضمان المقابل ينشأ ويستمر مستقلا عن عقد الأساس الذى قام بسببه، إلا أننا لا يمكن أن نتجاهل شرعية أو عدم شرعية المحل الذى يرد عليه عقد الأساس وأثر ذلك على عقد الضمان • فليس من المعقول أن يقوم العقد لضمان الوفاء بالتزام محله غير مشروع وفقا لدولة الضامن المقابل أو الضامن المباشر، وبذلك يمكن القول بأن عدم مشروعية المحل فى عقد الأساس يشكل استثناء على مبدأ استقلال الضمان المقابل، ويعد حالة من الحالات التى يستطيع فيها الضامن المقابل الامتناع عن التغطية، كما يمكن للضامن الأول ألا يستجيب لطلب المستفيد بالدفع بحجة مخالفة المحل للنظام العام •

وعلى ذلك، فإن عقد الضمان المقابل يبرم بتلاقى الإرادات بشكل صريح وخال من العيب • أما عن كيفية انتهاء العقد، فإنه يخضع فى ذلك أيضا للقواعد العامة المتعلقة بانقضاء العقد سواء أكان ذلك بصورة طبيعية أم غير ذلك •

وعلى ذلك، فإننا نتناول هذا الفصل فى ثلاثة مباحث نتناول فى الأول منها إبرام عقد الضمان المقابل، ونتعرض فى الثانى لكيفية إعمال هذا الضمان، ونرى فى الثالث كيفية إنهاء عقد الضمان المقابل.

## المبحث الأول

## شروط إبرام عقد الضمان المقابل

تنص المادة ٨٩ مدنى على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد". فالعقد يبدأ فى التكوين بصدور إيجاب من شخص يسمى الموجب يوجهه إلى آخر يسمى القابل، فإذا صادف الإيجاب قبولا أصبح العقد مبرما سواء منذ لحظة تصدير الإيجاب أم من الوقت الذى يعلن فيه القبول على ما فى ذلك من اختلافات وتفصيلات تناولتها الكتب العامة فى العقود.

أما فيما يتعلق بعقد الضمان المقابل، فإن تكوينه يبدأ بالخطاب الصادر من الضامن المقابل والذى يتضمن التعليمات والاشتراطات التى يحددها الضامن للقيام بمهمة تغطية الدفع الذى يقوم به الضامن الأول. هذا الخطاب يمثل الإيجاب ويظل هكذا إلى أن يصادف قبولا من جانب الضامن المباشر بما يعنيه من موافقته على الدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه. وعلى عكس القاعدة العامة فى العقود، فإن عقد الضمان المقابل لابد وأن يكون صريحا فى إيجابه وفى قبوله، إذ لا يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة (الموجب أو القابل) بطريقة ضمنية، وإنما يتعين أن يأتى ذلك صريحا لما يشكله من تعهد شخصى مستقل بالدفع. وهو ما لا يمكن افتراضه من مسلك أى من الطرفين. ولا يقوم إلا بتعبير صريح وعبارات واضحة – تفيد نشوء هذا التعهد الشخصى.

ومما يرتبط بضرورة التعبير الصريح عن إرادة كل من الضامن المقابل والضامن الأول، أن هذا التعبير لا يكون إلا كتابة، فالكتابة مطلوبة فى أى تأمين سواء أكان شخصيا أم

عينيا . فقد نصت المادة ٧٧٣ مدنى على ان "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة" . كما نصت المواد المتعلقة بالتأمينات العينية (كالرهن بنوعيه، الاختصاص والامتياز) على ضرورة الكتابة، بل إن من هذه التأمينات ما لا يغنى فيها الكتابة العرفية وإنما يتعين إفراغها فى قالب شكلى رسمى، ومن ذلك الرهن الرسمى . وبالتطبيق لذلك، فإن عقد الضمان المقابل لا يمكن أن يكون إلا مكتوبا . وهو ما نصت عليه المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى بشأن خطاب الضمان بقولها "خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب، دون اعتداد بأية معارضة . . . ".

كما أشارت إلى الكتابة أيضا المادة ٢ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالقول بأن "فى ظل إعمال القواعد الحالية، فإن الضمان المقابل الذى يتضمن تعهد الضامن المقابل بالدفع أيا كان تكييفه، يتم فى شكل كتابى يتضمن دفع المبلغ إلى الضامن الأول بمجرد الطلب"(١) . والكتابة ليست مطلوبة فقط فى التعهد الصادر عن الضامن المقابل، بل هى كذلك بالنسبة لما يصدر عن الضامن الأول وتفيد قبوله الدفع إلى المستفيد بمجرد الطلب، بل إن مطالبة المستفيد بمبلغ الضمان لابد وأن تكون كتابة كما أشارت إلى ذلك أيضا المادة ٢٠ من القواعد السابقة بقولها "كل مطالبة بالدفع وفقا لبنود الضمان يجب أن تكون مكتوبة ومؤيدة . . . . "(٢).

وما يثار هنا يتعلق بنوع الكتابة المطلوبة هنا، هل هى للإثبات أم هى ركن فى العقد؟

---

(1) Art, 2, "Aux Fin des presentés Régles, Une garantie sur demande designe toute garantie" Bond ou autre engagement de payer quelle qu'en soit la denomination ou la description ....... Pris par ecrit ....".

(2) Art, 20, "Toute demande de paiement aux termes de la garantie devra être fait par ecrit et sera appuyée ....".

واضح من النصوص المشار إليها أن الكتابة هنا هى للإثبات وبذلك، فإن تخلفها لا يؤدى إلى بطلان العقد، وإنما يخلق مشكلات فى الإثبات، ولذلك، إذا تصورنا قيام عقد الضمان المقابل فى أية مرحلة من مراحله بغير الكتابة، فإن إثباته يكون بكافة الطرف الأخرى ومن بينها القرائن وشهادة الشهود، وهو أمر قد يتعذر قبوله بخاصة فى الضمانات الدولية . وعلى هذا يمكن القول، أن الكتابة إذا كانت مطلوبة للإثبات، إلا أنها أصبحت شكلا محددا أو مطلوبا لقيام عقد الضمان، الأمر الذى يصعب معه تصوره بغير الكتابة . وهذا ما يسمح بالقول بأن عنصر الإثبات يمكن أن يستخدم كقاعدة شكلية، لا يؤدى تخلفها فقط إلى صعوبة الإثبات، وإنما قد يسفر عنه زوال العقد كلية .

وقد أكدت بعض الأحكام على أهمية الكتابة (وفى الضمان عموما) بحيث اشترطت أن يصدر عن الكفيل (أو الضامن) تعهدا مكتوبا وموقعا منه متضمنا مبلغ الضمان بالحروف والأرقام وأيضا أى التزام آخر، والهدف من ذلك فى النهاية هو حماية الكفيل (الضامن)[1] .

وما ينبغى كتابته فى الضمان المقابل هو اسم المستفيد من الضمان والضامن الذى يتولى الدفع والمبلغ الذى يتعين دفعه وكذلك ما قد يستلزم تقديمه من مستندات . ولا يكفى

---

[1] **Cass – Civ. 7-11-1989, D, 1990, J, P, 177, "L'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention ecrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement, ces regles de preuve ont pour finalité la protection de la caution".**

ويشير التعليق على هذا الحكم أن المحكمة قد أكدت على أن الكتابة هى الوسيلة الوحيدة للتعبير عن إرادة الكفيل (الضامن) ولذلك يصبح الشكل مطلوبا لصحتها ، وفى حالة الحكم ببطلان الكتابة، فإن المستند الدال على ذلك يستخدم كمبدأ ثبوت بالكتابة تعضده أدلة أخرى .

**MOULY (Ch) note sous, arrét – precid, D, 1990, P. 179.**

وقضت بذلك أيضا محكمة ROUEN بقولها:

**"…. Les dispositions de l'art, 1326 C. Civ. Lui sont applicables puisque le garant s'engage unilateralement à payer une certaine somme d'argent determinée, Faute d'avoir respecté cet article, l'engagement pris constitue seulement un commencement de preuve par ecrit, qui aurait pu ètre corroboré par des elements de preuve exterieurs …".**

**ROUEN, 19-2-1992, D, 1993, J, P. 108.**

الإشارة إلى المبلغ وإنما ينبغي تحديد الفوائد التى قد تستحق وكذلك المصاريف والنفقات التى يتحملها الضامن المقابل فى مواجهة الضامن الأول (المباشر).

والرضا الصادر عن الطرفين فى عقد الضمان المقابل يجب أن يأتى خاليا من العيوب، بمعنى أن الإرادة يتعين أن تكون واضحة ومبصرة بالتعهد الذى تلتزم به. وأول ما يجب أن تخلو منه الإرادة هو عيب الغلط الذى قد يتعلق بأشخاص الضمان أو بموضوعه. فقد يقع الضامن المقابل فى غلط حول شخص المستفيد (الطرف الثانى فى عقد الأساس مع مصدر الأمر) ولا شك فى أن شخصية المستفيد هى من الأسباب الدافعة إلى إصدار الضمان المقابل، وتحديده يعد من العناصر الأساسية للعقد، فإذا شاب إرادة الضامن المقابل أو المباشر أى غلط حول المستفيد. كان ذلك مجالا للطعن على العقد بالإبطال. إذ لا شك فى أن تغطية الضمان وتحمل مخاطره لا يتأتى من جانب الضامن المقابل إلا إذا علم بالمستفيد ووقف على مدى استعداده على الوفاء بما عليه من التزامات فى مواجهة مصدر الأمر وقدرته على ذلك، على الرغم من استقلال الضمان عن عقد الأساس، إلا أن من مصلحة الضامن المقابل تجنب أية مشاكل يمكن أن تثار من جانب المستفيد، ولا يتأتى له ذلك بغير معرفة الأخير معرفة حقيقية والوقوف على شخصه. والأمر نفسه ينطبق بالنسبة لمعرفة الضامن المباشر للضامن المقابل، إذ لا يقبل الأول على قبول الوفاء إلى المستفيد بمجرد الطلب إلا إذا تحقق من قدرة الضامن المقابل على التغطية، ولا يكون له ذلك بغير معرفته على وجه اليقين، معرفة لا يشوبها أى غموض قد يؤدى إلى غلط حول الضامن المقابل.

وقد يتعلق الغلط بموضوع الضمان، أى بالمبلغ الذى يغطيه الضامن المقابل فى حالة قيام الضامن الأول (المباشر) بدفعه إلى المستفيد، بحيث يتعين تحديده على وجه الدقة بالأرقام والحروف، ومما يرتبط بذلك، من ضرورة انتفاء الغلط حول المركز المالى للضامن المقابل فى مواجهة الضامن المباشر، إذ أن الاطمئنان إلى قوة هذا المركز يدفعه إلى الوفاء للمستفيد دون الخشية من احتمال تعثر الضامن المقابل فى الوفاء نتيجة إفلاسه أو ضعف مركزه المالى. الأمر نفسه بالنسبة للضامن المقابل الذى لا يقدم على إصدار الضمان إلا بعد التحقق من قدرة عميله (مصدر الأمر) على الوفاء بالتزاماته نحوه، وكذلك من الفائدة

الاقتصادية التى تقدمها التأمينات العينية أو الشخصية الأخرى التـى يعرضـها مصدر الامر كضمانات للوفاء بتعهداته المالية ٠

وأى غلط حول مبلغ الضمان أو المركز المالى لأحد أطراف العلاقات المتصورة فى عقد الضمان المقابل، قد يؤدى إلى إبطال هذا العقد كما لو تبين للضامن المباشر صدور حكم بإفلاس الضامن المقابل قبل الوفاء إلى المستفيد، إذ يضبـح لـه الحق فـى المطالبـة بإبطـال العقد، إذا أثبت تعلق الغلط بصفة أساسية فى المتعاقد أو بعنصر جوهرى فى العقد، ما كـان ليقدم على إبرامه لو أنه علم بهذه الصفة أو ذلك العنصر ٠ وهذا مـا أشـارت إليـه المادتـان ١٢٠، ١٢١، فقد نصت أولاهما على أن "إذا وقع المتعـاقد فـى غلـط جوهـرى، جـاز لـه أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ٠ ونصت ثانيتهما على أن "١- يكون الغلط جوهريـا إذا بلـغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لـو لـم يقـع فـى هذا الغلـط، ٢ – ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص أ- إذا وقع فى صفة للشـىء تكـون جوهريـة فـى اعتبـار المتعاقدين -ب - إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ٠٠٠"

وما ذكرناه عن الغلط ينطبق أيضا على باقى عيوب الإرادة من استغلال أو تدليس أو إكراه، فقد ذكرنا من قبل أن السبب الأول الذى يتمسك به الضـامن المقـابل للامتنـاع عن التغطية يتعلق بوقوع تدليس أو غش سواء أكان ذلك فى مطالبة المستفيد للضامن الأول، أو فى مطالبة هذا الأخير للضامن المقابل ٠ فالتدليس عيب من عيوب الإرادة، يبطل معـه العقد لما يؤدى إليه من إيقاع المتعاقد الأخر فى غلط حول صفة جوهرية فى العقد ما كان ليتعـاقد لو علم بحقيقة الأمر وذلك وفقا للمادة ١٢٥ مدنى التى تنص على أن "يجوز إبطـال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد" ٠

ويعرف التدليس عموما، بأنه استعمال طرق احتيالية بهدف إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، فإذا كان الغلط يقع فيه المتعاقد بشكل تلقائي، فإن في التدليس يقع المتعاقد في غلط نتيجة ما قام به المتعاقد الآخر من طرق احتيالية.

وبذلك، إذا توافرت هذه الطرق في جانب أحد طرفي عقد الضمان المقابل، كان ذلك بمثابة عيب في الإرادة يعطيه الحق في إبطال العقد، مع التعويض إن كان له مقتض.

ومما يرتبط بذلك، الالتزام الذي يقع على عاتق الطرفين بضرورة الإخبار أو الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالمركز المالي للضامن المقابل أو مصدر الأمر بالضمان. ويعد هذا التزاما قبل تعاقدي يبدأ تنفيذه من لحظة بدء المراسلات بشأن إبرام العقد. كما يقع على عاتق الضامن المقابل التزام بالمشورة أو النصيحة تجاه الضامن المباشر حول مضمون تعهده بالتغطية ومقدار هذه التغطية، وعما إذا كان التزامه هذا هو تعهد شخصي مستقل يلزم بتنفيذه بمجرد طلبه من جانب الضامن الأول أم أنه التزام ثانوي أو تبعي يقترب من دور الكفيل. كما يوجد بجانب الالتزام قبل التعاقدي بالإفصاح أو الإخبار، التزام آخر تعاقدي بالنصح و هو التزام عقدي يبدأ مع العقد ويستمر مع سريانه، بحيث يلتزم الضامن المقابل بإخبار الضامن المباشر المستمر حول مركزه المالي وحول المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الضامن في حالة قيامه بالدفع إلى المستفيد. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى الالتزام بالنصيحة في مجال الضمان المستقل في حكم لها في ٢ مايو ٢٠٠٠[1].

وإذ لم يقم الضامن المقابل بالتزامه قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالوضع المالي له ولعميله وللمستفيد ترتب على هذا التقصير وقوع الضامن المباشر في

---

(1) Cass, Comm, 3-5-2000, D, 2000, act – Jur., P, 286 "Justifie sa decision une cour d'appel qui, après ovoir constaté qu'un client avait lui même donné des instructoins à sa banque don't il resultant qu'il avait deman dé à cell – ci la mise en place d'une garantie autonomie à premiére demande, réleve que les winstructoins, claire ment exprimées laisant presumer, de la part du client, une societé importaite habituée au négoce – international, la connaissance de la porté des engagements qu'elle Faisait prendre et prenait elle – meme.

غلط دفعه إلى التعاقد أصبح فى مقدوره التمسك بالإبطال إما للغلط إذا لم يقم الضامن المقابل بطرق احتيالية لإيهام المتعاقد الآخر (الضامن) بأمر مخالف للحقيقة، أو للتدليس والغش إذا كان الغلط الذى وقع فيه الضامن الأول كان نتيجة لهذه الطرق الاحتيالية.

كما يمكن تصور وجود عيب الإكراه فى إرادة الضامن المقابل أو الضامن المباشر، وهو ما يتوافر فى حالة ما إذا استغل العميل (مصدر الأمر) قوته أو مركزه الاقتصادى بحيث يولد رهبة لدى الضامن المقابل تدفعه إلى إصدار تعهده بالتغطية فى مواجهة الضامن الأول. وهذا الإكراه يستدل على وجوده من الظروف المحيطة بالتعاقد[1].

وإذا توافرت الإرادة الخالية من العيوب فى كل من الضامن المقابل والضامن المباشر، وتوافرت لهما أيضا الأهلية اللازمة للتعاقد، وهو ما يختلف بحسب ما إذا كان كل منهما شخصا طبيعيا أم معنويا، فإن عقد الضمان المقابل يكون قد أبرم على نحو صحيح وبشكل سليم، ويرتب آثاره المتمثلة بالدرجة الأولى فى التحقق من توافر الشروط والمستندات المشار إليها فى خطاب الضمان المقابل، وهذا ما يتطلب منح مهلة معقولة للضامن المباشر قبل الدفع، يتمكن خلالها من فحص المستندات والتأكد من استيفاء المطالبة لكل ما هو مشار إليه فى خطاب الضمان. وتختلف هذه المدة المعقولة من حالة إلى أخرى.

كما أن التزام الضامن المباشر بالفحص والتأكد هو التزام ببذل عناية وفقا لمعيار الرجل المعتاد. وقد أشارت المادتان ٩، ١٠ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية إلى ذلك، فقد نصت أولهما على أن "أى مستند أو مستندات تقدم إلى الضامن وتتضمن مطالبته بالضمان، يجب أن تخضع للدراسة والفحص من جانب الضامن وذلك بعناية الرجل المعتاد (العاقل) وذلك بغرض تحديد ما إذا كان (كانت) مطابقا لشروط الضمان، ويكون من حق

---

(1) **VERSAILLES, 28-2-1992, D, 1993, somm, P, 109, "la violence n'est susceptible de vicier le consentement qui s'il a été donné dans des circonstances de fait impliquant une contrainte injuste ou illicite, laquelle ne peut résulter de l'usage par une societé de sa force economique dans, ses rapports avec des dirigeants d'entreprise rompus aux affaires, pour imposer une garantie à premiere demande".**

الضامن رفض المستندات غير المطابقة أو الناقصة"٠ ونصت الثانية على أن "الضامن يقوم بفحص المطالبة بدفع الضمان ودراستها خلال مدة معقولة ويقرر بعدها الدفع أو رفض المطالبة"٠

وفى حالة رفض المطالبة، على الضامن أن يقوم بإخطار المستفيد بأية وسيلة سريعة، وعليه – عندئذ – إرجاع جميع المستندات التى قدمت إليه باسم الضمان إلى المستفيد٠ وإذا قام الضامن المباشر بفحص المستندات المقدمة إليه بعناية الرجل المعتاد، فإنه لا يسأل – بعد ذلك – عن شكل أو عدم صحة أو مضمون هذه المستندات ويصبح له الحق فى استرداد المبلغ الذى دفعه من الضامن المقابل، الذى يقع عليه – بدوره – التزام بدراسة المطالبة والتحقق من اتباع الضامن المباشر للتعليمات الصادرة إليه منه، وقيامه بالدفع بناء عليها وانتفاء الغش أو التدليس فى جانبه، فإذا تحقق من ذلك، كان لزاما عليه تغطية المبلغ المدفوع٠ وما قد يكون متفقا عليه من مصاريف أو نفقات، وهذا كله فى إطار مبدأ حسن النية الذى يحكم علاقته بالضامن المباشر وبمصدر الأمر، الذى يجد نفسه ملزما فى مواجهة الضامن المقابل بالوفاء بمبلغ الضمان المتفق عليه بينهما، وليس بشرط أن يكون المبلغ المدفوع إلى المستفيد مساويا للمبلغ الملتزم بدفعه مصدر الأمر إلى الضامن المقابل٠

## المبحث الثانى

## إعمال الضمان المقابل

رأينا من قبل أن الضمان المقابل هو تعهد شخصى من قبل الضامن بالدفع بمجرد الطلب وتثور فى هذا الإطار تساؤلات عدة أهمها، هل يتعين أن يقوم الضامن الأول (المباشر) بالدفع إلى المستفيد قبل مطالبته الضامن المقابل؟ وفى حالة طلب المستفيد بمد أجل الضمان، هى يؤثر ذلك على إعمال الضمان المقابل؟ وهل يلتزم الضامن المقابل بإخبار

العميل (مصدر الأمر) بالمطالبـة بالضمـان؟ بمعنـى هل يتعين عليـه إخطـاره قبل الدفـع أو التغطية؟ وأخيرا، ما هى العملة التى يتم الدفع بها[1]؟

وللإجابة على هذه التساؤلات نقول، إن الارتباط القائم بين دور الضامن المقابل فى التغطية وبين قيام الضامن المباشر بالدفع إلى المستفيد، يؤدى من الناحيـة المنطقيـة إلـى القول بأن هذا الدور لا يبدأ إلا إذا تحقق موجب إعماله ألا وهو قيام الضامن الأول بالدفع إلى المستفيد بناء على طلبه، ففى هذه اللحظة يمكن القـول بـأن التزامـا بالتغطيـة قـد نشـأ علـى عاتق الضامن المقـابل، أمـا قبـل ذلـك، فـلا مجـال لمطالبـة الضـامن الأول الضـامن المقـابل بالتغطية، إذ قد لا يتحقق السبب بعدم مطالبة المستفيد بالضمان، نظرا لحصوله على دينه أو ما يعادله من المتعاقد معه مباشرة (مصدر الأمر) وبالتـالى يصبـح المسـتفيد لاحق لـه قبـل مصدر الأمر وبالتالى فى مطالبة الضامن بالدفع ٠

وعلى ذلك، فإن أداء الضامن الأول لمبلـغ الضمـان إلـى المسـتفيد يجعل حقـه فـى المطالبة بالتغطية من جانب الضامن المقابل قائما ومبررا ٠ ويلاحظ أن القول بضرورة أداء الضامن الأول لمبلغ الضمان إلى المستفيد قبـل مطالبتـه بالضمـان المقـابل، لا يعنـى التـزام الضامن الأول بإثبات قيامه بالوفاء أو تقديم ما يدل على ذلك، بل يستنتج هذا الوفاء بمجـرد مطالبته بالضمان، اللهم إلا إذا استطاع الضامن المقابل إثبات العكس عن طريق التدليل على عدم مطالبة المستفيد بالضمان، فهنا يمكنه الامتناع عن التغطيـة وبخاصـة إذا صـاحب ذلـك تدليس أو خداع من جانب الضامن الأول ٠

وقد قضت محكمة باريس الفرنسية بمـا يمكـن أن يفـهم منـه الربـط بيـن المطالبـة بالتغطية والوفاء للمستفيد بقولها أنه بغياب إثبات طرق التدليس بين المستفيد من الضمـان المستقل والبنك الضامن الأول، فـإن امتنـاع الضـامن المقـابل عن الوفـاء يصبـح مـن غير

---

[1] انظر فى هذه التساؤلات:

Mohamed HANRA, l'iundependance ... Op. Cit., P. 37.

أساس[١]، كما ربطت المحكمة ذاتها صراحة بين المطالبة برد مبلغ الضمان من قبل الضامن الأول وقيامه بدفعه فعلا إلى المستفيد. وإن يثبت أنه هو الذى وضع المبلغ فعلا تحت يده[٢]. وإذا قام الضامن الأول بالدفع إلى المستفيد ثم اتضح له بعد ذلك أن هناك غشا أو تدنيسا فى مطالبة المستفيد، فإن له الحق فى الحصول على تغطية الضامن المقابل، ولا يبقى أمام هذا الأخير (مصدر الأمر) إلا الرجوع على المستفيد بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن التدليس وذلك طالما أن الضامن الأول قد قام بالدفع وفقا للشروط والتعليمات الصادرة من الضامن المقابل وطالما أن التواطؤ بين الضامن الأول والمستفيد لم يثبت.

ومن أجل أن يقوم الضامن المقابل بتغطية الدفع الذى قام به الضامن الأول، يتعين أن تكون مطالبة الأخير بالضمان قد جاءت بعبارات محددة ومعبرة عن المطالبة. فإذا اشتملت على ألفاظ أخرى لا تدل على الرغبة الأكيدة والنهائية فى استرداد مبلغ الضمان، فإن الأمر لا يخلو من شك أو تردد حول مدى إلزامية الضامن المقابل بالوفاء. ومن العبارات التى جرى به العمل وأثارت خلافات حول مدلولها تلك التى يشير فيها الضامن إلى إما الدفع أو الأجل.

فقد رؤى فيها أنها لا تمثل مطالبة نهائية، بل هى خيار مطروح أمام الضامن المقابل، إما أن يدفع مبلغ الضمان أو يوافق على مد أجله، فهذه مطالبة مشروطة. فالطابع الشرطى للمطالبة يعطى فرصة للضامن المقابل فى الاختيار. ومن هذه العبارات أيضا تلك

---

(1) Paris, 21-1-1987, D, 1987, Somm, P, 176 "En l'absence de preuve d'une cllousion fraduleuse entre le bénéficaire d'une garantie independante et la banque garante de premier rang, qui a fait appel à la contre garantie, le defense de payer cette derniére, edictée par le premier juge, n'est pas fondee...".

(2) Paris, 15-1-1986, D, 1986, somm, P, 160 "Au cas ou, par l'acte de contre garantie, la banque s'est engagée à rembourser la somme que la banque de premier rang aurait été requise de payer, il doit etre fait defense à la banque contre garante d'effectuer tout paiement, des lors que la banque garante de premier rang n'a pas rapporté la preuve qu'elle a elle –même remis au bènèficiaire les fonds don't elle sollicite le remboursement."

التى تشير إلى الربط بين الدفع وبين موافقة مصدر الأمر على تغطية الضامن المقابل. وهذا هو ما أشارت إليه محكمة Lyon فى أحد أحكامها[١].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن عبارة الدفع أو الأجل" لا تكون مطالبة نهائية بالضمان وما هى إلا تذكير بوجود الضمان ووسيلة لحفظه وللإبقاء عليه"[٢].

وبذلك يتضح، أنه إذا تضمن الطلب عبارات جازمة ومحددة بدفع مبلغ الضمان. فإن ذلك يعد مطالبة بإعمال الضمان بمجرد الطلب، أما إذا اشتمل الطلب على عبارات تثير الشك حول مدلولها أو مدى حزمها ونهائيتها فى الدلالة على الرغبة فى الدفع، فإن ذلك يفتح الباب أمام الضامن المقابل فى الخيار ما بين التغطية أو منح الأجل، مما يفتح المجال للاختلاف بين المحاكم، إذ يذهب بعضها إلى اعتبار طلب الدفع أو الأجل" مطالبة نهائية بدفع الضمان[٣]. بينما يرى البعض الآخر فى مثل هذا الطلب خيارا ممنوحا للضامن المقابل فى منح الأجل أو التغطية.

ومما يرتبط بما سبق: التساؤل حول حق الضامن الأول فى مطالبة الضامن المقابل بإعمال الضمان، فى الوقت الذى يكون فيه المستفيد قد طلب أجلا[٤]؟ وللإجابة على ذلك نقول أنه وإن كان مبدأ استقلال الضمان الأول عن الضمان المقابل، يؤدى إلى عدم الربط بين إعمال كل منهما، وتكون النتيجة هى ثبوت الحق للضامن المباشر فى المطالبة بإعمال

---

(1) Tr. Comm. Lyon, 27-6-1989,. D, 1990, somm, P, 206 "La banque garante de premier rang, qui fait appel à deux contregaranties en précisant que cet appel sera retiré moyennant l'acceptation par le donneur d'ordre d'amendements apportés ou marché, n'effectue pas un appel ferme et non équivoque et la banque contre garante, qui connait le caractére conditionnl de la demande en paiement, les paie à tort et doit en reverser le montent ou donneur d'order ...".

(2) Cass – Comm., 24-1-1989, Précité

(3) Paris, 9-1-1991, D, 1991, Somm, 196 "Atort, le juge des référés fait droit à la demande du donneur d'ordre, afin qu'il soit fait defense à sa banque de payer une garantie à premiere demande, ou prétendu motif que les demandes de prorogation assorties d'une demande alternative de paiement ne constituent pas un appel ferme de garantie ...".

(4) Mohamed, Hamra. Op. Cit., P. 37.

الضمان من جانب الضامن المقابل على الرغم من أن المستفيد قد طلب أجلا. إلا أن هذا القول قد لا يكون مقبولا من الناحية العملية، حيث أن الغرض من الضمان المقابل هو تأمين الضامن الأول ضد مخاطر قيامه بالوفاء إلى المستفيد، وحتى اللحظة التى يقوم فيها بالدفع فعلا، لا يمكن الحديث عن مثل هذه المخاطر .

وبالتالى، فإن الأجل الممنوح للمستفيد يؤدى – عملا – إلى صعوبة إعمال الضمان المقابل، ويكون الأمر المنطقى هو أن يقوم الضامن المباشر بإحالة طلب المستفيد بالأجل أو الدفع إلى الضامن المقابل الذى يصبح من حقه الخيار بين هذا أو ذاك . وقد أشارت بعض الأحكام الفرنسية إلى أنه فى الحالة التى لا تتم فيه إعمال الضمان الأول لأى سبب كان، فإنه لا يمكن المطالبة بتنفيذ الضمان المقابل[1]، وبذلك يتضح أن منح أجل للمستفيد بما يعنيه عدم الدفع له وتنفيذ الضمان، يترتب عليه عدم مطالبة الضامن المباشر للضامن المقابل بالتغطية .

والتساؤل الآخر – فى هذا الصدد – يتعلق بمدى التزام الضامن المقابل بإخبار عميله (مصدر الأمر) بمطالبة الضامن الأول بالضمان وذلك قبل القيام بالتغطية؟ ونشير فى البداية إلى أنه فى حالة اشتراط مصدر الأمر ذلك فى علاقته بالضامن المقابل، فإن مثل هذا الشرط ينبغى احترامه من قبل الضامن، ويمتنع عليه – بالتالى – الدفع قبل إخطاره، حتى ولو لم تكن هناك أية إشارة إلى ذلك فى عقد الضمان المقابل، إذ أن التزامه بالإخطار هو التزام نابع من العلاقة العقدية التى تربط بين الضامن المقابل والعميل، وإذا أخل الضامن بهذا الالتزام قامت مسئوليته العقدية تجاه مصدر الأمر .

---

(1) Cass – Comm. 24-1-1989, D, 1989, somm, P, 159 et not prum "Aucas Ou, le maitre d`ouvrage ayant demandé la prorogation d`une garantie, la banque garante de premier rang à demandé la banque francaise contregaranite une prorogation de la garantie ou le paiement, a justifie sa decision la cour d`appel que, en se fondant sur le lettre du maitre d`ou vrage et sur les téléx adresses par la banque garante de premier rang à la banque contregarane, .... À considere que ces documents ne constituaient qu`une demande de maintien des garanties et non un appel ferme et non equivoque à leur mise en jeu.

مع ملاحظه – ان هذه المسئولية لا تؤثر فى حق الضامن المباشر بالحصول على مبلغ الضمان الذى قام بدفعه إلى المستفيد • وتنتفى مسئولية الضامن المقابل عن عدم إخطار العميل إذا استطاع إثبات أن هذا الأخير كان يعلم بالمطالبة، إذ أن علمه بذلك وسكوته وعدم اعتراضه يدلان على تنازله عن حقه فى الإخطار ورضائه بأن يقوم الضامن المقابل بالدفع، فحتى يكون للعميل حق فى المطالبة بقيام مسئولية الضامن المقابل عن عدم الإخطار، يجب أن يجهل المطالبة بإعمال الضمان وهو أمر يفترض لأنه يتفق مع الوضع الظاهر، وعلى من يدعى خلاف ذلك عليه أن يثبت. ولا شك فى أن صاحب المصلحة فى الإثبات هو الضامن المقابل الذى قام بالدفع إلى الضامن المباشر، الذى عليه إقامة الدليل إما على قيامه بتنفيذ التزامه بالإخطار أو على علم العميل بالمطالبة– على الرغم من عدم الإخطار، فإذا أفلح فى الإثبات انتفت مسئوليته وإذا عجز قامت •

أما فى حالة وجود بند فى العلاقة العقدية يلزم الضامن المقابل بإخطار العميل قبل القيام بالتغطية فإنه يصبح غير ملزم بذلك، وإن كانت مصلحته تفرض عليه ذلك • وتفسير ذلك، يكمن فى أن الضامن المقابل لا يجب عليه إخطار العميل قبل الدفع للضامن المباشر، ولكن يجد نفسه – فى الحالات كلها – متجها نحو الإخطار قبل الوفاء • ولا شك فى أن ذلك أمر منطقى ومقبول، لأن الذى يتحمل فى النهاية بالضمان هو العميل، وليس الضامن المقابل، ولذلك، فإن المصلحة تفرض على الأخير ألا يقوم بالتغطية قبل الإخطار وإن كان غير ملزم بذلك من الناحية العقدية •

ويلاحظ أن الضامن المقابل يقوم بالإخطار ولكنه ليس ملزما بالحصول على موافقة العميل بالوفاء • وذلك نابع من الطابع الاستقلالى الذى يتميز به كل من الضامن المقابل والضامن الأول •

وإنما تكمن حكمة الإخطار فى الفرصة التى تعطى للعميل فى إثارة الاعتراضات التى تعن له، وبخاصة إذا استطاع إثبات الغش أو التدليس فى مطالبة المستفيد للضامن

الاول، أو فى مطالبة هذا الأخير للضامن المقابل[١]• وعلى ذلك، فإذا كان ليس لازما الحصول على موافقة العميل مصدر الآمر على إعمال الضمان، فإن إخطاره بذلك قبل الدفع قد يكون أمرا تفرضه العلاقة العقدية بينه وبين الضامن المقابل، أو تستلزمه مصلحة هذا الأخير، فى تأمين قيام العميل بالوفاء بالضمان المتفق عليه بينهما •

وتشير بعض الأحكام إلى أن العادات التجارية وبخاصة الدولية تفرض على الضامن (الضامن المقابل) ضرورة إخطار العميل بالمطالبة بالضمان وإعطائه مهلة معقولة قبل الدفع، يستطيع خلالها اتخاذ قراره إما بالموافقة على التغطية وهو ما يستشف من سكوته، إما اعتراضه وعليه عندئذ إثبات سبب هذا الاعتراض • ولا شك فى أن هذه المهلة تختلف من حالة إلى أخرى ويخضع تقديرها لمحكمة الموضوع[٢]• وقد أشارت إلى مسألة الإخطار المادة ١٧ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بقولها "مع مراعاة ما جاء بالمادة ١٠، وفى حالة المطالبة، يقوم الضامن بإخطار مصدر الأمر فى مدة معقولة، أو يقوم بإخطار الضامن المقابل، الذى عليه أن يقوم بدوره بإخطار مصدر الأمر"[٣]• وكما قلنا، فإن الجزاء المترتب على عدم القيام بالإخطار أو القيام به على نحو متأخر، لم يتمكن معه العميل من اتخاذ قراره أو إبداء ما يراه من اعتراضات، وقد يتمثل فى فقد الضمان المقابل لحقه فى قيام العميل بدفع مبلغ التأمين •

---

(١) وقضى فى ذلك بأن:
**"Au cas de paiement par la banque contregarante francaise de la contre garantie appelée par la banque de premier rang, la responsabilité de la banque contre garante ne pourrait être engagée à l'egard du donneur d'ordre que s'il etait etabli qu'elle conaissait, .... Le caractére abusif de la mise en jeu des garanties. ..... une telle preuve n'est pas rapportée, alors surtout que, des que la banque francaise contre garante à été avisé par la banque garanties de premier rang ....), qu'elle en a immediatement avise le donneur d'ordre ....". GRENOBLE, 12-11-1987, D, 1988, somm, P, 247, et note VASSEUR.**

(2) **Cass – Comm, 1-2-1994, D, 1995, I – R, 11, obs. VASSEUR.**

(3) **Art, 17, "Sous reserve des dispositions de l'art. 10, en cas de demande le Garant avertira sans delai le donneur d'ordre ou le cas echeant, le contre garant et, dans ce cas, le dernier avertira le donneur d'ordre.".**

أما فيما يتعلق بالعملة التى يجب دفع مبلغ الضمان بها، فإن الأمر يتراوح بين عملة دولة الضامن المقابل وعملة دولة الضامن المباشر والمستفيد، ولا شك فى أن الأمر يرجع أولا إلى اتفاق الطرفين. أو – بالأحرى – إلى ما يتضمنه خطاب الضمان المقابل المرسل إلى الضامن الأول، إذ يحدد – غالبا – العملة التى يجب الدفع بها، وقد يتم ذلك بعملة الضامن المحلى، بحيث يقوم هذا الأخير بدفع مبلغ الضمان إلى المستفيد بالعملة المحلية، على أن يقوم الضامن المقابل بالتغطية بالعملة ذاتها أو بعملة دولته، وهنا يتم احتساب ما يقابل المبلغ المدفوع إلى المستفيد بالعملة المحلية، بعملة الضامن المقابل. وبذلك يتضح أن المبلغ المطلوب من المستفيد يجب أن يتم بالعملة المشار إليها فى الضمان المقابل، ويجب احترام إرادة الطرفين فى هذا المجال، حتى ولو اتجهت إلى اشتراط الدفع بعملة مختلفة عن تلك العملة التى أدى بها الضامن الأول مبلغ الضمان[١].

أما عند غياب الاتفاق على العملة التى يؤدى بها الضمان، فإن الاتجاه الغالب يتجه نحو إعطاء الحق لكل ضامن فى الوفاء بالعملة التى يتعامل بها (أى عملة الدولة الموجود بها)، معنى ذلك أن الضامن المباشر يقوم بالوفاء إلى المستفيد بعملته، ثم يقوم الضامن المقابل بالتغطية بعملته وهنا تثور مشكلة تحويل العملة، أى معرفة المبلغ الذى يتعين على الضامن المقابل أداءه إلى الضامن الأول بحيث يأتى مساويا لما أداه إلى المستفيد، فهل يتم تحديد قيمة العملة وقت إعمال الضمان الأول، أم يتم ذلك فى لحظة المطالبة بالتغطية من جانب الضامن المباشر؟ على ما يبدو أن محكمة النقض الفرنسية تميل إلى أن وقت التقدير هو لحظة إعمال الضمان المقابل، بحيث يقوم الضامن بدفع مبلغ الضمان بما يوازى المبلغ الذى تلقاه المستفيد، وذلك فى اللحظة التى يتقدم فيها الضامن الأول بمطالبته بالتغطية[٢]. وقد ربطت محكمة النقض الفرنسية دائما بين مكان الدفع والعملة التى يتعين بها الدفع، طالما أن هذا المكان لم يستبعد صراحة فى عقد الضمان المقابل، ويجب هذا الربط فى اللحظة التى يجب فيها إعمال الضمان[٣].

---

[1] Cass. Comm, 21-601977, D, 1989, Somm, 148.
[2] Cass – Comm, 4-6-1995, D, 1995, J, P. 250.
[3] Cass – Comm, 9-3-1993, D, 1995, I.R., 13.

## المبحث الثالث

## انتهاء عقد الضمان المقابل

عقد الضمان المقابل – كأى عقد – ينتهى إما بانتهاء مدته أو بتحقق الغرض منه وتنفيذ الالتزامات محله. ويتم تحديد مدة العقد غالبا فى خطاب التعليمات الصادر من الضامن المقابل والتى يوافق عليها الضامن الأول، بمعنى أن الأصل فى تحديد هذه المدة يرجع إلى اتفاق الطرفين، اللهم إلا إذا كانت هناك حالات استثنائية يخضع فيها تحديد المدة لتشريع أو تنظيم آخر، كما لو اتفق الطرفان على أن انتهاء الضمان يخضع للتشريعات واللوائح الموجودة فى بلد الضامن المباشر أو الضامن المقابل، وقد أشرنا من قبل إلى حكم متعلق بذلك.

وإذا انقضت مدة العقد فإنه ينتهى بصرف النظر عن إعمال الضمان من عدمه، بمعنى أنه إذا مرت هذه المدة دون أن يتقدم المستفيد إلى الضامن الأول طالبا مبلغ الضمان فإن عقد الضمان المقابل ينتهى، ولا يحق للضامن الأول الدفع إلى المستفيد بعد ذلك، إلا إذا كان هناك اتفاق على مد أجل الضمان المقابل، بناء على طلب المستفيد أو أحد طرفى عقد الضمان المقابل، ففى هذه الحالة يصبح أجل العقد هو المدة الجديدة بعد الموافقة على الأجل، ويظل قائما إلى حين انتهاء هذه المدة بالدفع إلى المستفيد أو عدم الأداء أيا كان السبب فى ذلك.

وإذا قام الضامن الأول بدفع مبلغ الضمان إلى المستفيد على الرغم من انتهاء مدة العقد، قامت مسئوليته فى مواجهة الضامن المقابل، الذى يصبح من حقه الامتناع عن التغطية وعدم أداء المبلغ، حتى ولو كان الضامن الأول حسن النية، إذ أن قيامه بالوفاء – على الرغم من انقضاء المدة – يعد خطأ ويبرر امتناع الضامن المقابل عن الوفاء. والأمر نفسه – من باب أولى – لو توافر العمد أو سوء النية لدى الضامن الأول فى أدائه لمبلغ

الضمان، بمعنى أنه يعلم انقضاء المدة ومع ذلك قام بالدفع إلى المستفيد إما تواطؤ معه أو بغرض الإضرار بالضامن المقابل • ففى الحالات كلها، يتحمل الضامن المباشر نتيجة قيامه بالوفاء بمبلغ الضمان بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، وتتمثل هذه النتيجة فى حرمانه من التغطية التى كان ملزما بها الضامن المقابل • ولذلك يتعين على الضامن الأول الالتزام بالأجل المحدد، فإذا قدمت مطالبة المستفيد خلاله قام بالدفع وأصبح من حقه مطالبة الضامن المقابل بالتغطية، أما إذا كانت المطالبة بعد انتهاء هذا الأجل، كان لزاما عليه الامتناع عن الدفع وإن قام بذلك تحققت مسئوليته •

ويلاحظ أنه غالبا ما يتم تحديد أجل عقد الضمان المقابل، بمدة عقد الأساس، أى أن الطرفان يتفقان على أن يظل الضمان المقابل ساريا – وبالتالى حق المستفيد فى المطالبة بمبلغه – طيلة سريان مدة عقد الأساس، وبذلك يرتبط العقدان معا من حيث المدة، بحيث يبقى عقد الضمان قائما ما بقى عقد الأساس موجودا، وإذا انتهى هذا العقد لأى سبب، سواء أكان الانتهاء بحلول المدة أم بفسخه أو ببطلانه، انقضى معه عقد الضمان المقابل، ولا يتنافى مع ذلك ما ذكرناه من قبل عن استقلال الضمان المقابل عن عقد الأساس • فالربط هنا فقط بين مدة كل من العقدين، أما إعمال كل منهما ودوره ووظيفته، فهى أمور مستقلة فى كل عقد على حدة •

كما يرتبط انتهاء عقد الضمان المقابل، بانتهاء الضمان المباشر، بمعنى أن قيام الضامن الأول بالوفاء إلى المستفيد بمبلغ الضمان، يؤدى إلى نهاية الضمان المقابل، ولذلك، يتعين على الضامن الأول المطالبة بالضمان المقابل فور قيامه بالدفع إلى المستفيد وبدون تأخير، اللهم إلا بالنسبة للوقت الذى يستغرقه وصول المطالبة إلى الضامن المقابل، وهو وقت لم يعد يذكر فى ظل سرعة الاتصال وظهور أنواع جديدة من وسائله • وعلى كل حال، فإن الضمان المقابل ينتهى بعد إعمال الضمان الأول بعدة أيام أو ساعات، على حسب ما تستغرقه المطالبة بالضمان • إلا إذا كانت هناك بنود فى عقد الضمان تحدد ميعادا آخر لانتهاء العقد أو تربط ذلك بما هو موجود فى تشريع معين أو لائحة محددة، فهنا يصبح الربط غير قائم بين انقضاء الضمان المباشر والضمان المقابل • إذ بغير هذه البنود، يمكن

سوى أن كلا من الضمانين ينتهيان معا سواء أكان انتهاء الضمان الأول نتيجة دفع مبلغه إلى المستفيد أم كان لتراخى الأخير فى المطالبة به إلى حين انتهاء أجله[1].

وبذلك، يتضح أن الربط بين انقضاء أجل الضمان المقابل . وبين انتهاء الضمان الأول أو عقد الأساس لا يكون إلا حيث لا يتم تحديد مدة الضمان المقابل فى العقد ذاته . فإذا تم وجب احترام هذه المدة بصرف النظر عن أية مدة أخرى . ولكن من الناحية العملية، يبين أن مجرد قيام المستفيد بمطالبة الضامن المباشر بمبلغ الضمان وتسلمه له فعلا، فإن أجل عقد الضمان المقابل يكون قد حل، إذ أن الغرض من وجود الضمان المقابل هو تغطية المخاطر التى يتعرض لها الضامن المباشر نتيجة الدفع إلى المستفيد، فإذا تحقق الدفع، وجد مقتضى الضمان المقابل وهو ضرورة تغطية الضامن المباشر ودفع ما قام بدفعه إلى المستفيد، وعندئذ يحق للضامن المباشر المطالبة بالضمان مما يعنى وضع نهاية للعقد . ولذلك لا تظهر أهمية المدة المشار إليها فى عقد الضمان المقابل إلا فى حالة عدم مطالبة المستفيد بالضمان، فإن العقد ينتهى نهاية طبيعية بانتهاء مدته، إذ يفقد سبب وجوده والغرض منه ألا وهو تغطية الضامن المباشر . وإذا قام الأخير بالمطالبة بالضمان المقابل على الرغم من عدم مطالبة المستفيد له يكون متعسفا، إذ فى ظل هذا الوضع يفقد الضمان السبب القانونى لوجوده .

وتشير بعض المحاكم[2] إلى أن المهلة المتفق عليها فى عقد الضمان المقابل تتعلق بمدة التغطية وليس بمدة المطالبة من جانب المستفيد، ولذلك فإن هذا الأخير يستطيع المطالبة بالضمان حتى بعد انقضاء المهلة المحددة، إذا أثبت أن عدم التنفيذ من جانب مصدر الأمر (عقد الأساس) قد وقع قبل انقضائها، هذا أمر يصعب التسليم به بسبب الاستقلال التام

---

(1) Cass – Comm, 3-4-1990, D, 1991, Somm, P, 195, "... sans meconnaitre l'indépendance des contregaranties par rapport aux garanties de premier rang, ainsi déduit du libellé de l'engagement pris envers la banque garante de premier rang par la banque contre garant que les contregarantis ont les memes termes extinctifs que les garanties, une cour d'appel peut retenir la caducité des contragaranties aprés avoir constaté que les garanties etaient expirées.

(2) Tr. Comm, Paris, 6-3-1987, D, 1988, I – R., 249.

الذى يتميز به الضمان المقابل فى مواجهة عقد الأساس . هذه الصفة التى تؤدى إلى إعمال الضمان بصرف النظر عن تنفيذ عقد الأساس أو عدم تنفيذه . كما تحتم ضرورة المطالبة به فى خلال المهلة المشار إليها فى العقد[1].

وتبدو أهمية الحالة التى لا يشير فيها الطرفان إلى مهلة عقد الضمان، فى القانون الواجب التطبيق الذى قد يتفق الطرفان عليه . إذ يتعين هنا الاطلاع على هذا القانون ومعرفة حكمه فيما يتعلق بمدة العقد، ويقع التزام على عاتق الضامن المقابل بلفت نظر العملاء وتقديم النصيحة لهم بشأن المدة . وذلك قبل إبرام العقد، وإطلاعهم على حكم القانون الواجب التطبيق بالنسبة لوقت انتهاء الضمان . ولا شك فى أن أى تقصير من جانب الضامن المقابل فى تنفيذ هذا الالتزام يؤدى إلى قيام مسئوليته والتى قد تتمثل فى التزامه بتقديم التغطية اللازمة للضامن المباشر الذى يجهل المدة وقام بالوفاء إلى المستفيد بعد انتهائها .

هذا، فى الحالات التى يكون فيها القانون الواجب التطبيق أجنبيا عن الضامن المباشر، أما فى حالة الاتفاق على أن قانون دولة الضامن الأول هو الذى يحكم عقد الضمان المقابل، فإن الفرض أن الضامن الأول يعلم تماما موقف قانون بلاده من مسألة انتهاء العقد ولا عذر له إذا جهل ذلك، بل إن الالتزام بالنصيحة ينقلب على عاتقه فى مواجهة الضامن المقابل .

---

(1) Cour d`appel de Londres , 6-6-1984, D, 1986, I – R, 163, "Aucas de garantie emise pour une durée de douze mois, le benéficaire que à fait appel à la garantie aprés l`expiration de cette durée ne peut pretendre que ce qui importe est que la cause de la garantie soit apparue au cours de cette durée, car l`expiration de la durée prévue, la garantie a perdu tout effet.
وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "مؤدى سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية استحقاق التزام البنك، بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور فى خطاب الضمان باعتباره حدا أقصى لنفاذه .
نقض مدنى فى ١٩٦٩/٥/٢٧، مشار إليه من قبل .

وقد أشارت إلى كيفية انقضاء الضمان عموما اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، التي دخلت حيز التنفيذ في أبريل عام ٢٠٠٠، بحيث يقتصر تطبيقها على الدول الموقعة عليها • فقد نصت المادة ١١ منها على أن ١ – ينقضى حق المستفيد فى المطالبة بالسداد بموجب التعهد متى –أ- تلقى الكفيل / المصدر بيانا صادرا عن المستفيد بإعفانه من الالتزام فى شكل من الأشكال المشار إليها فى الفقرة ٢ من المادة ٧ –ب- اتفق المستفيد والكفيل / المصدر على إنهاء التعهد بالشكل المنصوص عليه فى التعهد، • • • –ج- تم سداد المبلغ المتاح بموجب التعهد، ما لم ينص التعهد على التجديد التلقائى للمبلغ أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح أو ما لم ينص بأى شكل آخر على استمرار التعهد • –د- انقضت مدة صلاحية التعهد وفقا لأحكام المادة ١٢"• وقد نصت المادة ١٢ على أن تنقضى فترة صلاحية التعهد: أ- فى تاريخ الانقضاء الذى قد يكون تاريخا تقويميا محددا أو اليوم الأخير من فترة زمنية محددة منصوص عليها فى التعهد • • • • –ب- إذا كان الانقضاء يتوقف حسبما ورد فى التعهد على وقوع فعل أو واقعة لا تدخل فى نطاق عمليات الكفيل / المصدر • • • • وعندما يبلغ الكفيل / المصدر بوقوع الفعل أو الواقعة بتقديم المستند المحدد • –ج- إذا لم يذكر فى التعهد أى موعد للانقضاء، وإذا لم يكن قد تم بعد إثبات أن الفعل أو الواقعة التى ذكر أن الانقضاء متوقف عليها بتقديم المستند المطلوب ولم يكن تاريخ الانقضاء قد ذكر علاوة على ذلك فعند انقضاء ست سنوات على تاريخ إصدار التعهد"[1]•

---

[1] انظر فى هذه الاتفاقية: د• سميحة القليوبى: المنظمات الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة فى شأن الكفالات المستقلة، وخطابات الاعتماد الضامنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

# خاتمة

تناول هذا البحث موضوعا فرضتـه التجـارة الدوليـة وطرحتـه العلاقـات المتعددة الأطراف وأسهمت فى تحديده وإبرازه الممارسـات والأشـكال الائتمانيـة. ألا وهو الضمـان المقابل بما يشكله من ائتمان مستقل يعمل جنبا إلى جنب مع التأمينات الأخرى سواء أكـانت عينية أو شخصية تهدف فى مجملها إلى ضمان حسن تنفيـذ الالتزامـات التـى تتعدى نطـاق الدولة الواحدة الجغرافى.

وعقد الضمان المقابل هو تعهد صادر عن شخص يسمى الضـامن المقـابل، ليس بشرط أن يكون بنكا وإنما يمكن أن يكون أية مؤسسة مالية أخـرى كشركة تـأمين، يضمـن بمقتضاه تغطية ضامن آخر موجود غالبا فى بلد المستفيد فـى كل مـا يقـوم بدفعـه إلـى هذا المستفيد، وعلى ذلك، تتعدد أطراف الضمان المقابل وقد توجـد فـى أكـثر مـن دولـة، فـهناك مصـدر الأمـر (أحد أطـراف عقد الأسـاس) وهنـاك الضـامن المقـابل وهنـاك الضـامن الأول (المباشر ) وأخيرا هناك المستفيد.

وقد عرضنا لهذا العقد وانتهينا إلى مجموعة من النتائج نستخلص منها ما يلى:

**أولا:** إن الضمان المقابل أصبح من المعطيات الأساسية المشجعة للتجارة الدولية، إذ أمكن استخدامه فى علاقات متعددة ليست فقط تجاريـة وإنمـا يمكـن أن تكـون مدنيـة مثـل عقود البيوع العادية والمقاولات.

**ثانيا:** أكدنا - من خلال البحث - على أن الضمان المقابل هـو عقـد وليـس التزامـا بإرادة منفردة، كما أنه عقد نهائى وليس وعدا بعقد أو معلقا علـى شرط، وهـو مـن العقـود الملزمة لجانبين وليس لجانب واحد، إذ يرتب مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق طرفيه بمجرد تلاقى الإرادات.

**ثالثا:** وجدنا أنه عقد يغلب عليه الطابع الدولى يثير القواعد والاحكام التى تحكم أى عقد دولى سواء أكان فى ذلك ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق أم فيما يخص القضاء المختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عنه، وإن كان القول بغلبة الطابع الدولى على العقد. لا يعنى عدم تصور وجوده فى العلاقات الداخلية. فهذا الضمان ليس مقصورا على العلاقات والمعاملات الدولية، وإنما يمكن أن يوجد فى المعاملات الدولية .

**رابعا:** عقد الضمان المقابل يخضع – بالدرجة الأولى – لما ورد به من بنود واشتراطات، وهى عبارة عن التعليمات الصادرة عن الضامن المقابل إلى الضامن الأول (المباشر) وتحدد هذه التعليمات موضوع الضمان وأطرافه ووقته .

**خامسا:** عقد الضمان المقابل من العقود القائمة على الثقة وحسن النية بالمعنى الضيق، إذ يتعهد كل من الضامن المباشر والضامن المقابل برابطة ثقة متبادلة، يعتمد على مجرد رسالة أو خطاب صادر من الضامن المقابل إلى الضامن الأول، بحيث يمكن القول بأن الأول يحرر شيكا على بياض لصالح الثانى، ولولا الثقة المتبادلة بين الطرفين لما أقدم على ذلك .

**سادسا:** فى عقد الضمان المقابل اشتراط لمصلحة الغير وهو المستفيد الذى يحصل على حقه وهو مبلغ الضمان من علاقة ليس طرفا فيها وإنما هى ناشئة بين الضامن المقابل والضامن المباشر .

**سابعا:** المبدأ الأساسى الذى يحكم الضمان المقابل هو استقلاله عن كل من عقد الأساس الذى بسببه نشأ الضمان الأول وعن الضمان المباشر. فالعلاقة بين الضامنين ترتب التزامات شخصية مستقلة تقع على عاتق كل ضامن، وهو ما يؤدى إلى حرمان الضامن المقابل من إمكانية عدم التغطية بحجة عدم قيام مصدر الأمر باصدار الضمان أو بسحبه بعد إصداره .

والحالة التى يمكن فيها للضامن المقابل الامتناع عن التغطية تتعلق بثبوت الغش أو التدليس فى المطالبة بإعمال الضمان . والنتيجة المترتبة على استقلال الضمان المقابل عن كل من الضمان المباشر وعقد الأساس تكمن فى إما خضوع كل هذه العلاقات لقانون البلد الذى نشأت فيه وإما خضوعها لقانون واحد وهو ما ينطبق أيضا على القضاء المختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن عقد الضمان المقابل .

**ثامنا:** رأينا كيف يتميز الضمان المقابل عن كل من الكفالة والوكالة، من حيث المبدأ الذى يحكمه وهو الاستقلال وعدم التبعية . فالضمان يعمل مستقلا عن غيره من العلاقات التى يمكن أن تنشأ فى هذا الإطار . فالتزام الضامن المقابل بالدفع هو التزام مستقل عن سوء أو حسن تنفيذ عقد الأساس . ولذلك ليس بإمكانه التعلل بعدم تنفيذ هذا العقد للهروب من التغطية . فالضمان المقابل مستقل عن الالتزام الذى نشأ بسببه سواء أكان عقد الأساس أو الضمان الأول .

**تاسعا:** انتهينا إلى أن عقد الضمان المقابل هو رابطة غير مسماة تتأبى على الخضوع الكامل لأحكام أى عقد مسمى، وإنما تخضع لما ورد فيها من اشتراطات وأحكام، فضلا عن القواعد العامة الموجودة بالقانون المدنى وبخاصة تلك المتعلقة بالعقود .

**عاشرا:** رأينا كيف يتعين أن يبرم عقد الضمان المقابل كتابة، بمعنى أنه ينبغى التعبير عن إرادات أطرافه صراحة وبشكل مكتوب، فالكتابة مطلوبة فى أى تأمين سواء أكان شخصيا أو عينيا . وإذا كانت الكتابة المطلوبة هنا هى للإثبات غير أنها تستخدم كقاعدة شكلية، لا يؤدى تخلفها فقط إلى صعوبة الإثبات، وإنما قد يسفر عنه زوال العقد كلية .

**حادى عشر:** ينبغى أن تأتى إرادة كل طرف فى عقد الضمان المقابل واعية ومدركة للتعهد الشخصى بالدفع الصادر عنها وألا يشوبها أى عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه .

**ثانى عشر:** طرحنا عند الحديث عن إعمال الضمان عدة تساؤلات أهمها، هل يتعين أن يقوم الضامن المباشر بالدفع إلى المستفيد قبل مطالبته الضامن المقابل، وفى حالة طلب المستفيد بمد أجل الضمان. هل يؤثر ذلك على إعمال الضمان المقابل؟ وهل يلتزم الضامن المقابل بإخبار العميل (مصدر الأمر) بالمطالبة بالضمان، بمعنى هل يتعين عليه إخطاره قبل الدفع أو القيام بالغطية؟ وأخيرا، ما هى العملة التى يتم الدفع بها؟ وقد بحثنا هذه التساؤلات وعرضنا لما نراه إجابات لها.

**ثالث عشر:** عرضنا فى النهاية لكيفية انتهاء عقد الضمان المقابل، ورأينا أن هذا العقد يمكن أن ينتهى بانتهاء مدته أو بتحقق الغرض منه وتنفيذ الالتزامات محله. ويتم تحديد المدة إما باتفاق الطرفين أو بالإحالة إلى أى تنظيم آخر.

**ولله الحمد والمنة على ما أعطى وأمتن**

# المراجع

## أولا : باللغة العربية:

السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثالث، دار النهضة العربية. ١٩٨٣.

ـــ: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، المصادر، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

د. أحمد عبد الكريم سلامه: قانون العقد الدولى، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ٢٠٠١.

د. سميحة القليوبى: أثر الغش على مبدأ الاستقلال فى خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثالث للقانونيين المصريين، بعنوان "الجوانب القانونية للعمليات المصرفية" فى ١٩ـ ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع.

ـــــ: المنظمات الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة فى شأن الكفالات المستقلة، وخطابات الاعتماد الضامنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. عبد لمجيد محمد عبوده: الكفالات البنكية، معهد الإدارة العامة، بالمملكة العربية السعودية، ١٤٠٨هـ.

د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د. هشام على صادق: تنازع القوانين، منشأة المعارف، ١٩٩٣.

**ثانيا: باللغة الاجنبية:**

**CABRILLAC et TEYSSIE, CREDIT et titres des Crédit, Rev. Tr. De droit. Comm. Et econom, 1984, 503.**

**CADERE, Théorie et pratique de l'assurance de responsabilité Paris, 1928.**

**DE LAUBADERE, P. DELVOLVE, MO DERN, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1984.**

**DUBISSON, Le droit de saisir les garanties bancaires emises dans les marches internationaux, J.C.P., chro, I, N°, 13813, P. 351.**

**GAVALDA et, STOUFFLET, la lettre de garantie internationale, Rev. – Tr. Dr. Comm. Et econom, 1980. P, 1 et siu.**

**GRILLET – PONTON, Essai sur le contrat innomé, tgése, Lyon, 1982.**

**Jean l'homme, Garantie à premiere demande un critére clair à l'attention des praticiens, D, 2000, Droit des affaires, 111.**

**CABRILLAC et TEYSSIE, CREDIT et titres des Crédit, Rev. P, 417.**

**Mohamed – HAMRA-KOUHA, l'independan ce de la contre garantie a premiere demande, 1997.**

MOULY (Ch) note sous, cass – civ, 7-11-1989, D, 1990. P. 179.

Regles uniformes de la CCI relatives aux garantie sur demande, chambre de commerce internationale, pratique. Banquiers. 1998.

RIGGS, La lettre de credit "Stand – by" en tant que garantie bancaire aux Etats – Unis, RDAI, 1990, 393.

PICOD (Y.) Une simple référence au contrat de base ne suffit pas à justifier la requalification d'une garantie à première demande en cautionnement, D, 2000. P, 114.

VASSEUR Droit Bancair (garantie indépendante) D, 1986, I-R. 153.

VASSEUR, Droit bancaire, garantie indépendante, D, 1988. P. 239.

VASSEUR, Garantie indépendante, Rép. DALLOZ – de droit commercial, 1984. N° 53.

VASSEUR, Note sous arrets Cass – Comm, 27-11-1989, D, 1985.